



El arduo camino hacia la universalidad de la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares en España

THE DIFFICULT ROAD TOWARDS THE UNIVERSALITY OF HEALTHCARE FOR IRREGULAR IMMIGRANTS IN SPAIN

María Fuencisla Rubio Velasco

Profesora Sustituta Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva y Escuela Universitaria de Osuna
fuencisla@us.es  0000-0002-8752-1241

Recibido: 15.05.2021 | Aceptado: 15.06.2021

RESUMEN

El Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, supone un cambio radical en lo que se refiere al derecho a la asistencia sanitaria. El acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho primordial de toda persona. La garantía del ejercicio de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España. La reforma que instauró el ya derogado Real Decreto-ley de 2012, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad del derecho establecida.

ABSTRACT

Royal Decree-Law 7/2018, of July 27, on universal access to the National Health System, represents a radical change in regard to the right to healthcare. Access to the National Health System in conditions of equity and universality is a fundamental right of every person. The guarantee of the exercise of this right and the effective protection of the health of the citizenry becomes even more important when those who are deprived of standardized health care are groups of special vulnerability, threatened by social exclusion, as is the case of the foreign population not registered or authorized to reside in Spain. The reform that established the already repealed Royal Decree-Law of 2012, distorted the right to health protection by annulling its universal vocation and eliminating the ownership of the established right.

PALABRAS CLAVE

Asistencia sanitaria
Universalidad
Extranjeros irregulares

KEYWORDS

Healthcare
Universality
Irregular Foreigners

SUMARIO

- I. EL REAL DECRETO-LEY 16/2012
 - A. Justificación de la reforma
 - B. El concepto de asegurado
 - C. La competencia exclusiva del estado
- II. ANTECEDENTES AL REAL DECRETO-LEY 7/2018
 - A. La sentencia del tribunal superior de justicia de cataluña
 - B. La postura del tribunal constitucional
- III. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS IRREGULARES EN ESPAÑA
 - A. Introducción
 - B. Preceptos afectados
 - C. Titulares del derecho a la protección de la salud
 - D. Límites y restricciones a la universalidad del derecho a la asistencia sanitaria para inmigrantes reagrupados: la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019
- IV. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. EL REAL DECRETO LEY 16/2012

El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones¹, modificó la legislación en materia de extranjería y sanidad. Una de las medidas más importantes fue la privación del derecho de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en determinadas circunstancias.

La entrada en vigor del citado Real Decreto-ley supuso, de facto, una vulneración de este derecho. La norma dejaba fuera de la atención sanitaria con cargo a fondos públicos a personas adultas² no registradas ni autorizadas a residir en España. La prestación sanitaria quedó así limitada, a la asistencia en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta la situación de alta médica y a la asistencia durante el embarazo, parto y posparto.

En la normativa internacional³, el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no

1. BOE de 24 de abril de 2012.

2. El artículo 12 Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de diciembre de 2009), establece que: "1. Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. 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 tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto". Por lo que los menores de dieciocho años y las embarazadas sí tenían asistencia sanitaria con independencia de su situación administrativa.

3. En esta línea, cabe citar el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional ("derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"). Asimismo,

cabe introducción de elemento discriminatorio alguno, ni en general ni en particular, en relación con la exigencia de regularidad en la situación administrativa de las personas extranjeras⁴.

Asimismo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud⁵, antes de su modificación en el año 2012, establecía, entre sus principios generales, el aseguramiento universal y público por parte del Estado y recogía los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria.

La reforma que instauró el mencionado Real Decreto-ley de 2012, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad del derecho establecida en la Ley 16/2003. Supuso, de este modo, una involución del esquema legal de cobertura hasta entonces armónico con los principios que, de conformidad con los Tratados Internacionales, la Constitución Española y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁶, deben imperar en las políticas sanitarias, en la actuación de los poderes públicos y la configuración de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud.

La exclusión del colectivo de personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España, del derecho de protección a la salud y a la atención sanitaria no ha sido acorde, por tanto, con los antecedentes normativos existentes en nuestro país ni con los diversos compromisos internacionales adquiridos.

El Real Decreto-ley de 2012, se sustentó en criterios economicistas orientados a la reducción del déficit de las cuentas públicas. Los argumentos esgrimidos fueron, en su mayoría, coyunturales y de limitado alcance temporal. Asimismo, éstos no han sido evaluados y por tanto no han demostrado una mejora de la eficiencia en el ámbito sanitario.

Es por ello, que algunas Comunidades Autónomas frente a la disconformidad con la exclusión producida por el citado Real Decreto-ley, desarrollaron procedimientos con diferente amparo normativo (comunicados, instrucciones, resoluciones, órdenes, decretos o leyes), para prestar asistencia sanitaria a estas personas.

En consecuencia, la impugnación y/o anulación de la mayoría de estas iniciativas, provoca una inequidad manifiesta y una situación de inseguridad jurídica que afecta a las personas que lo disfrutaban, a los profesionales que prestan la atención sanitaria, así como a las Administraciones que las han aprobado.⁷

las referencias expresas a este derecho universal de otros textos internacionales como son: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea, entre otros.

4. Monereo Pérez, J. L.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, pp. 939 y ss.

5. BOE de 29 de mayo de 2003.

6. BOE de 29 de abril de 1986.

7. Exposición de Motivos RD-L 7/2018.

A. Justificación de la reforma

La evolución hacia la universalidad de la asistencia sanitaria pública, implícita en el art. 43 CE, propiciada por la LGS, por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y casi alcanzada por la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública⁸, además de las competencias de las diferentes Comunidades Autónomas por medio de sus Estatutos de Autonomía, ha conllevado un fuerte y regresivo golpe a raíz de los profundos cambios que ha introducido el RDL 16/2012. Esta norma introduce el concepto de “asegurado” y “beneficiario del asegurado”, en lugar del concepto de ciudadano.

Debido a la grave crisis económica que vivimos en nuestro país se aprueba el mencionado Real Decreto-ley, con la finalidad de obtener un ahorro aproximado de 7.000 millones de euros. En el Real Decreto-ley 16/2012 se adoptan una serie de medidas reformistas sobre las siguientes materias: a) Derecho a la asistencia sanitaria pública; b) Cartera de servicios del sistema nacional de salud; c) Creación del fondo de garantía asistencial; d) Reforma de la prestación farmacéutica; e) Medidas en materia de recursos humanos. Se aprovecha el mencionado Real Decreto-ley para modificar artículos de leyes y normas vigentes en relación al derecho a la protección de la salud destacando, entre ellas, las modificaciones que se efectúa sobre las siguientes leyes: a) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; b) Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; c) Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; d) Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud; e) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁹.

En líneas generales, el mencionado Real Decreto-ley, persigue el ahorro económico mediante medidas como la exclusión de algunos colectivos del derecho a la atención sanitaria dentro del Sistema Nacional de Salud, ampliando el copago a algunas prestaciones y a nuevos colectivos, adoptando nuevas decisiones de ahorro farmacéutico y aprobando medidas en materia de recursos humanos no negociadas. Asimismo, debemos atender a su desarrollo legislativo que igualmente persigue el objetivo prioritario de reducir el gasto sanitario del Sistema Nacional de Salud¹⁰.

8. BOE de 5 de octubre de 2011.

9. “Análisis del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Reforma del Sistema Nacional de Salud”, CECOVA Colegios de Enfermería de Alicante, Castellón y Valencia, núm. 6, 2012, pp. 5-6, disponible en http://www.bibliotecadigitalcecova.com/contenido/revistas/cat14/pdf/Informe_6web.pdf.

10. “Análisis del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Reforma del Sistema Nacional de Salud”, CECOVA Colegios de Enfermería de Alicante, Castellón y Valencia, núm. 6, 2012, p. 27, disponible en http://www.bibliotecadigitalcecova.com/contenido/revistas/cat14/pdf/Informe_6web.pdf.

B. El concepto de asegurado

El Real Decreto-ley 16/2012¹¹ modificaba, en su Disposición Final tercera, el artículo 12.1 LO 2/2009 quedando redactado en los siguientes términos: “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”.

En la legislación sanitaria estatal¹² han de tenerse en cuenta fundamentalmente dos leyes: por un lado, la LGS y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. La primera establece en su art. 1.2 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”. “Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional”, según el art 1.3, “tendrán garantizado el derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan”. Y, por otra parte, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, modificada también por el citado Real Decreto-ley 16/2012, que dispone en su artículo 3.1 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”.

De acuerdo con lo previsto en esta norma, para ser titular del derecho a la asistencia sanitaria (a la cartera común de servicios), con cargo a fondos públicos y a través del Sistema Nacional de Salud no basta, por tanto, con tener la condición de ciudadano o persona, con ser nacional o extranjero, sino que se exige además acreditar la condición de asegurado¹³.

Con la categoría de “asegurado”, que introduce el Real Decreto-ley, se vincula expresa y directamente el derecho a la asistencia sanitaria pública con el sistema contributivo de la Seguridad Social.

11. Real Decreto-ley, entre otras finalidades, según su Exposición de Motivos, tiene como objetivo fundamental “afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo”, dentro del “actual contexto socioeconómico”. Hasta el momento, han presentado un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, las siguientes Comunidades Autónomas: el Parlamento de Navarra contra los artículos 1.Uno y, por conexión, 1.Dos; 2.Dos, Tres y Cinco; 4.Doce, Trece y Catorce y disposición adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012; el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra el art. 10.4 del Real Decreto-ley 16/2012; el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra los arts. 1.uno y dos; 4.uno y cuatro y 10.cuatro y cinco del Real Decreto-ley 16/2012; el Gobierno del País Vasco contra los arts. 1.Dos, 2.Tres y Cuatro y 4.Trece del Real Decreto-ley 16/2012; el Gobierno de Cataluña contra los arts. 1.Uno, Dos y Tres; 4.Uno, Cuatro, Cinco y Catorce; 6, apartados 2 y 3; 8.Dos; 10.Cuatro, y Disposición final sexta del Real Decreto-ley 16/2012, y el Gobierno de Canarias contra los arts. 1; 3; 4.14; 6; 8, apartados 1, 2 y 3; 9; Disposición adicional primera, y Disposición final sexta del Real Decreto-ley 16/2012. Recursos de inconstitucionalidad que han sido admitidos a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional.

12. Elaborada al amparo del artículo 149.1.1, 16 y 17 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de sanidad y del régimen económico de la Seguridad Social.

13. Llama la atención la modificación del texto que encabeza el epígrafe del art. 3 de la Ley. En la redacción anterior se hablaba de “titulares de los derechos”, reconociendo en el apartado 1.º que son “titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes...”. Tras la reforma del art. 3 de la Ley por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, la redacción del epígrafe que encabeza el art. 3 alude a “la condición de asegurado” y no a los titulares del derecho.

Se mantiene así, e incluso se refuerza, la conexión entre los Sistemas Nacional de Salud y de Seguridad Social¹⁴.

El apartado 2.º del artículo 3 de la Ley 16/2003 señala que pueden “ostentar” la condición de asegurado: a) los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; b) los pensionistas del sistema de la Seguridad Social; c) los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; d) los que después de haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo, figuren como inscritos en la oficina correspondiente como demandantes de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

Esta regulación de las personas, que pueden poseer la condición de asegurado, excluía del derecho a la sanidad a ciertos colectivos de ciudadanos nacionales, como por ejemplo, los mayores de 26 años que no hubiesen accedido todavía a su primer empleo.

Aunque esta última situación se corregirá con el Real Decreto 1192/2012¹⁵, donde se concretan y amplían las personas que pueden “ostentar” la condición de asegurado, contenida en el apartado 2.º del artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo¹⁶.

Así, además de las personas que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, ostentan la condición de aseguradas las que no tengan “ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía” siempre que, “se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: 1.º Tener nacionalidad española y residir en territorio español. 2.º Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros. 3.º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para

14. El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, interrumpe un proceso de universalización del derecho a la salud, iniciado con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ya que, aunque el Real Decreto-ley 16/2012 habla también de sanidad “universal”, lo cierto es que deja fuera del sistema sanitario público a determinados colectivos como los inmigrantes en situación administrativa irregular (que podían acceder al mismo, siempre que estuviesen empadronados, desde la modificación de la LOEX por la LO 2/2009) o los mayores de 26 años que no hayan accedido aún a su primer empleo, salvo en determinados casos, según se verá seguidamente. Se vuelve a un modelo de cobertura sanitaria vinculado a la cotización de cuotas por los trabajadores, pues solamente estos y sus beneficiarios pueden acceder a la condición de “asegurados” y, por ende, a las prestaciones sanitarias públicas.

15. De 3 de agosto, que se publica en desarrollo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, y 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 (BOE de 4 de agosto de 2012).

16. Se concretan, e incluso se corrigen, en el artículo 2.1.a) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, los supuestos c) y d) del apartado 2.º del artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, tal y como habían sido redactados por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Así, ahora se dice en el artículo 2.1.a) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que “a efectos de lo dispuesto en este Real Decreto, son personas que ostentan la condición de aseguradas las siguientes: a) Las que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que son los siguientes: “3.º Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza. 4.º Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza y encontrarse en situación de desempleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. Este supuesto no será de aplicación a las personas a las que se refiere el artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo

residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica" (art. 2.1.b del Real Decreto 1192/2012).¹⁷

El reconocimiento y control de la condición de asegurado se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social, estableciéndose reglamentariamente los requisitos y documentos que han de presentarse para obtener dicha condición¹⁸. Una vez reconocida la condición de asegurado, corresponde a las Administraciones sanitarias competentes (las autonómicas), en el ejercicio de funciones ejecutivas, hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria y facilitar el acceso de los ciudadanos a sus prestaciones mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual (art. 3 *bis* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo)¹⁹.

El apartado 3º del artículo 3 de la Ley 16/2003 contiene una disposición específica destinada, entre otras personas, a los extranjeros. En él se establece que los extranjeros residentes, esto es, los que sean "titulares de una autorización para residir en territorio español (si no cumplen alguno de los supuestos mencionados en el apartado 2º) podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superen el límite de ingresos determinado reglamentariamente"²⁰.

En consecuencia, para que los extranjeros puedan recibir asistencia sanitaria pública en nuestro país y ser titulares de este derecho en las mismas condiciones que los españoles, han de ser residentes (con autorización de residencia vigente) y tener la condición de asegurado, según los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003. En el caso de que no concurra alguno de los supuestos del citado art., es preciso que acrediten que su nivel de ingresos no supera anualmente la cuantía de cien mil euros y que, además, no tienen cubierta de forma obligatoria la asistencia sanitaria por otra vía [art. 2.1.b)3º del Real Decreto 1192/2012]²¹.

17. También los "menores de edad sujetos a tutela administrativa tendrán la consideración de personas aseguradas, salvo en los casos previstos en el artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo" (art. 2.2 Real Decreto 1192/2012).

18. Véanse los artículos 5 y 6 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

19. Ha de recordarse que la Disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, había previsto que "las personas que, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, tuvieran acceso a la asistencia sanitaria en España, podrían seguir accediendo a la misma hasta el día 31 de agosto de 2012 sin necesidad de acreditar la condición de asegurado en los términos previstos en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo".

20. Cien mil euros, conforme al citado artículo 2.1.b) del Real Decreto 1192/2012.

21. Existen dos colectivos de extranjeros, con autorización de permanencia o de estancia, que aunque no tengan la condición de asegurados, pueden recibir también asistencia sanitaria en España. Se trata de las personas solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo y de las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el período de restablecimiento y reflexión. Estas personas recibirán, mientras permanezcan en esa situación, asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, regulada en el artículo 8 *bis* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Véanse las disposiciones adicionales cuarta y quinta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, modificadas por el 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, de los que nos ocuparemos más adelante.

Los extranjeros que se encuentren en situación irregular, aunque se hallen inscritos en el Padrón municipal, ya no podrán ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles o los extranjeros residentes, salvo en los casos especiales del artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, añadido por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Precepto que reproduce lo dispuesto ya en los apartados 2.º, 3.º y 4.º del artículo 12 LO 2/2009.

En este sentido, se establece que “los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria” en los casos “de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica” y en los casos “de asistencia al embarazo, parto y postparto”²².

C. La competencia exclusiva del estado

El Estado tiene la función de regular la situación jurídico-administrativa de los extranjeros en España, basándose para ello en la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 149.1.2 CE en materia de extranjería e inmigración. En el ejercicio de esta función, el Estado ha vinculado y condicionado la titularidad y el ejercicio de determinados derechos de los extranjeros (el derecho a la salud) a su situación legal y administrativa en España. Por otro lado, el Estado, en virtud de la competencia exclusiva que le otorga el artículo 149.1.16 y 17 CE –fijar las bases y la coordinación general de la sanidad, así como el régimen económico de la Seguridad Social–, ha establecido que para acceder a las prestaciones y servicios sanitarios, con cargo a fondos públicos, además de la condición de nacionales y extranjeros residentes, es necesaria la condición de asegurado²³.

Y como sabemos, el legislador español atribuye a la salud el carácter de derecho social prestacional, aunque limitado al sistema debilitado de garantías que prevé el artículo 53 CE²⁴.

Algunas Comunidades Autónomas, con ocasión de las reformas estatutarias iniciadas a partir del año 2006, han incluido en sus Estatutos de Autonomía, dentro de la parte relativa a los derechos estatutarios, un precepto en el que se reconoce, proclama o garantiza un derecho de *todas las personas* (carácter universal) a la sanidad (pública) o a la protección de la salud, en condiciones de igualdad. Aunque, como se indica en la mayoría de las normas estatutarias, de acuerdo con lo que se establezca en la ley²⁵, y dentro del marco de las competencias que, en materia de sanidad,

22. Como medida de protección para las madres extranjeras gestantes, los artículos 57.6 y 58.4 LO 2/2009 disponen que las mujeres embarazadas no podrán ser devueltas ni expulsadas cuando las medidas de expulsión o devolución puedan suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre.

23. Artículo 3 de la Ley 16/2003 LCCSNS y artículo 2 de la LGS.

24. Ortega Lozano, P. G.: “La responsabilidad patrimonial de la administración por una deficiente asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016, pp. 847 y ss.

25. Así, por ejemplo, el artículo 23.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, reformado por la LO 6/2006, de 19 de julio; el art. 25.1 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, reformado por la LO 1/2007, de 28 de febrero; el art. 22.1, 2, a), y 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, reformado por la LO 2/2007, de 19 de marzo; el art. 14.1, 2,

productos farmacéuticos o de salud pública, hayan asumido las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía²⁶.

Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1, apartados 1º y 16º CE que establecen, respectivamente, la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y la competencia sobre las bases y la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos.

En definitiva, la sanidad es una materia de titularidad compartida en la que al Estado le corresponde establecer las bases o las condiciones básicas, que han de ser comunes para todas las Comunidades Autónomas, con el objeto de asegurar una uniformidad y homogeneidad en el acceso de los ciudadanos a la sanidad. A las Comunidades Autónomas les compete el desarrollo y la ejecución de las bases o condiciones básicas fijadas por el Estado que, aun cuando han de ir en una misma dirección, de acuerdo con su capacidad de autogobierno y autonomía financiera, pueden adaptarlas a sus circunstancias particulares mediante propuestas políticas propias que se concretarán, a su vez, en normas legislativas y reglamentarias²⁷.

El Tribunal Constitucional, en la STC 98/2004²⁸, establece qué se entiende por lo básico en materia sanitaria, concretamente en relación con una de sus prestaciones, la farmacéutica: «partiendo del carácter básico de la materia en cuestión dentro del marco normativo que regula la sanidad, forzosamente se ha de afirmar que es al Estado al que corresponde su regulación, en tanto que el artículo 149.1.16 le otorga la competencia exclusiva sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”. De esta forma se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud²⁹.

Sin embargo, esa necesaria uniformidad mínima que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones

a), y 4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por la LO 5/2007, de 20 de abril; o el art. 13.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, reformado por la LO 14/2007, de 30 de noviembre. El reconocimiento, con carácter universal, del derecho a la salud en estas normas estatutarias permitiría atribuir la titularidad del derecho a los extranjeros (ya sean regulares o irregulares), incluso en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos, aunque para ello se remitan a lo que dispongan las leyes (que pueden ser autonómicas y estatales). El Tribunal Constitucional se opondrá, sin embargo, a esta interpretación en la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 18), al considerar que la voluntad del legislador estatuyente no fue la de ampliar la titularidad de los derechos sociales a los extranjeros. Se basa para ello en una interpretación extensiva de los artículos 15.1 y 3 y 37.4 del Estatuto catalán.

26. Véanse también las siguientes normas estatutarias: el artículo 162.1 a 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; los artículos 30.48; 31.4 y 32.8 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el artículo 55.1 a 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; los artículos 71.55 y 56 y 77.7 del Estatuto de Autonomía de Aragón; los artículos 71.1.4; 74.1 y 76.7 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; los artículos 9.1.24 y 25; 10.1.9 y 11.1.6 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

27. Delgado del Rincón, L. E.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 2014, p. 217.

28. De 25 de mayo de 2004 (RJ 1297/1997).

29. Delgado del Rincón, L. E.; “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”, *ob. cit.*, p. 217.

sanitarias públicas, puede mejorarse por las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre que no se vulneren las exigencias impuestas por el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE)³⁰.

Conforme las Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias en materia de sanidad, se han creado diversos regímenes jurídicos sanitarios, sin que exista un sistema público sanitario igual para todo el territorio nacional. No obstante, el Estado, para garantizar una igualdad mínima de los ciudadanos, establece por legislación básica una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y sus beneficiarios³¹.

Esta cartera común integraría el contenido mínimo del derecho a la salud respecto de los nacionales y extranjeros residentes que tengan la condición de asegurado.

Las Comunidades Autónomas pueden superarlo mediante la creación de una cartera de servicios complementaria, cuyos beneficiarios serían los residentes que tuvieran la condición de asegurado³². Esta cartera complementaria integraría, a su vez, un contenido adicional del derecho³³.

Para los inmigrantes irregulares mayores de edad, el contenido mínimo del derecho a la salud, según la legislación básica del Estado, es de menor alcance pues comprendería solamente la atención en urgencias por enfermedad grave o accidente (que es gratuita) y el acceso a la cartera común básica de servicios asistenciales, previa suscripción de un convenio especial y el abono de unas cuotas, en tanto en cuanto regularizan su situación³⁴.

30. Véase FJ 7º. Esta doctrina jurisprudencial no fue adoptada por unanimidad ya que contra la decisión mayoritaria se formularon dos Votos particulares. Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hija al que se adhieren los Magistrados don Guillermo Jiménez Sánchez y don Javier Delgado Barrio. Y Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez al que se adhiere don Roberto García-Calvo y Montiel, Magistrado.

31. La cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud presenta las siguientes modalidades: la cartera común básica de servicios asistenciales; la cartera común suplementaria y la cartera común de servicios accesorios. La cartera común básica de servicios asistenciales comprende las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente. Estas prestaciones son totalmente gratuitas, están cubiertas de forma completa por la financiación pública. La cartera común suplementaria incluye las prestaciones farmacéutica, ortoprotésica, la de productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente. La cartera común de servicios accesorios incluye las actividades, servicios o técnicas no esenciales pero de apoyo a la mejora de una patología crónica. Las prestaciones de la cartera común suplementaria y las de la de servicios accesorios se sufragan con fondos públicos y con aportaciones económicas de los usuarios (arts. 8, *bis*, *ter* y *quater* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificado y añadidos por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril). Delgado del Rincón, L. E.: "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril", *ob. cit.*, pp. 219-220.

32. Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, pueden aprobar sus respectivas carteras de servicios que incluirán, al menos, la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en sus modalidades básicas de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios del mismo. Para aprobar la cartera de servicios complementaria de una Comunidad Autónoma, ha asegurarse preceptivamente la financiación de la cartera común de servicios. Las Comunidades Autónomas asumirán, con cargo a sus propios presupuestos, todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado (art. 8 *quinquies*, 1, 3 y 7 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, añadido por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril).

33. Delgado del Rincón, L. E.; "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril", *ob. cit.*, pp. 218-219.

34. Artículo 14.2 LO 2/2009: "Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica".

Como hemos mencionado, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la Sanidad (*ex art.* 149.1.16 CE). El desarrollo de este título competencial se lleva a cabo, entre otras leyes, por la citada LCCSNS, en la que, según se ha dicho, se establecen las prestaciones y servicios del Sistema Nacional de Salud (contenido mínimo del derecho a la salud), así como sus beneficiarios (titularidad del derecho).

El Tribunal Constitucional así lo ha reconocido también, entre otras, en la STC 136/2012³⁵ según la cual: “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”³⁶.

En consecuencia, se descarta que “la Comunidad Autónoma ostente la competencia para establecer quiénes tienen acceso al sistema público de salud, y (...) también que pueda definir las prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud o las condiciones en las que éstas se prestan”.³⁷

Si optáramos por la tesis y la concepción de los magistrados que presentan voto particular en la Sentencia de 2017³⁸, se podría considerar que las comunidades autónomas pueden adoptar políticas propias, también en materia de sanidad, siempre que respeten el mínimo común uniforme establecido por el Estado y los principios de suficiencia financiera y estabilidad presupuestaria del artículo 135 CE.

En este sentido, del mismo modo que las comunidades autónomas pueden aprobar su propia cartera de servicios, otorgando prestaciones adicionales a sus residentes, podrían también ampliar su titularidad a otras personas no contempladas en la norma básica estatal, sin perjuicio de que exijan el cumplimiento de determinados requisitos

35. De 27 de junio de 2012 (RJ 2810/2009).

36. Véase FJ 5º. En efecto, continúa diciendo el Tribunal, “la definición de quiénes pueden considerarse asegurados y en consecuencia tener acceso al Sistema Nacional de Salud, así como las concretas prestaciones sanitarias que deben ser garantizadas a todos ellos (...), permite establecer un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia. Vinculado con ello, forma lógicamente también parte del ámbito de lo básico la concreta definición de las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias comunes (básicas, suplementarias o de servicios accesorios). Además, también por aplicación de nuestra doctrina (SSTC 98/2004, de 25 de mayo; y 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3) cabe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las «suplementarias» y de «servicios accesorios») pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o «copago»)”.

37. Véase FJ 8º. Se concluye asimismo en la sentencia “que la Comunidad Autónoma carece también de competencia para establecer una tasa sobre esta materia” (la sanitaria). Ello invade la competencia estatal del artículo 149.1.16 CE. De ahí que, en el caso concreto, se declare la inconstitucionalidad y nulidad de un precepto de una Ley valenciana que había establecido una tasa por prestación de servicios sanitarios.

38. Pleno STC 134/2017, de 16 de noviembre de 2017. Conflicto positivo de competencia 4540-2012. Planteado por el Gobierno de la Nación en relación con diversos preceptos del Decreto del Gobierno Vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de los preceptos reglamentarios autonómicos que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud y modifican las condiciones de aportación de los usuarios en la financiación de medicamentos. Votos particulares. Haremos referencia a esta STC en epígrafes posteriores.

(nivel de renta, carencia de cobertura sanitaria y residencia y empadronamiento por un tiempo determinado en un municipio de la comunidad). En consecuencia, se podría evitar, por parte del Estado, establecer un régimen jurídico acabado y completo de los requisitos y condiciones básicas para ejercer el derecho de asistencia sanitaria³⁹.

Del mismo modo que se ha permitido a las Comunidades Autónomas, en desarrollo de las bases del Estado, aprobar sus propias carteras de servicios y establecer prestaciones adicionales para sus residentes (ámbito objetivo del derecho), podría admitirse también que las Comunidades Autónomas ampliaran por normas autonómicas la titularidad de las prestaciones y servicios (ámbito subjetivo del derecho). De esta manera podría facilitarse su acceso, en determinados supuestos y con el cumplimiento de ciertas condiciones, a personas que no tuvieran la condición de asegurado, como es el caso de los inmigrantes irregulares⁴⁰.

La ampliación del catálogo de prestaciones sanitarias y de la titularidad del derecho a la salud a los extranjeros irregulares, ya había sido iniciada por algunas Comunidades Autónomas, incluso antes de la reforma de la Ley de Extranjería por la LO 2/2009, que atribuía ese derecho a los extranjeros que se encontrasen en España, siempre que estuviesen inscritos en el Padrón municipal. Así, por ejemplo, Andalucía reconocía a los inmigrantes irregulares, también a los no empadronados que acreditasen recursos económicos insuficientes, el acceso a prestaciones adicionales a las de urgencia como los servicios básicos de salud o las consultas externas⁴¹.

II. ANTECEDENTES AL REAL DECRETO-LEY 7/2018

A. La sentencia del tribunal superior de justicia de cataluña

En enero de 2018, la justicia anuló la orden del Gobierno catalán que garantizaba la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha dado la razón al Ministerio de Sanidad, que en 2015 se opuso

39. 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*, núm. 186, 2019, pp. 111-112.

40. Delgado del Rincón, L. E.: "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril", *ob. cit.*, pp. 219-220.

41. Aja, E., Montilla, J. A. y Roig E.; *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 482-493. Navarra exigía a los inmigrantes irregulares únicamente el empadronamiento en su lugar de residencia habitual para acceder a la atención sanitaria, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud de Navarra y en la Ley Foral 9/1999, de 6 de abril, para una Carta de Derechos Sociales. Posteriormente, la Ley Foral de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, de 28 de octubre de 2010, reitera también en su artículo 11.1, el reconocimiento de la asistencia sanitaria pública "a los inmigrantes que residan en los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa". Cataluña, a partir del Decreto 188/2001, de 26 de junio, de las personas extranjeras y su integración social en Cataluña (art. 7.1.3 y 4), basta con la inscripción en el Padrón de un municipio de Cataluña en el que residan habitualmente para que se les otorgue la tarjeta y la asistencia sanitaria. En el País Vasco, el Decreto 26/1988, de 16 de febrero, reconocía la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Vasco de Salud, a quienes careciesen de los suficientes recursos económicos y no estuviesen protegidos por el sistema de la Seguridad Social, siempre que estuviesen empadronados en un municipio del País Vasco. El Gobierno vasco podrá ampliar en el territorio del País Vasco el catálogo de las prestaciones individuales sanitarias del Sistema Nacional de Salud, determinando su ámbito subjetivo y las condiciones de acceso y de cobertura financiera (art. 4.4).

a la decisión de la Generalitat de mantener la cobertura médica a los inmigrantes que estuvieran empadronados. Un decreto del Gobierno de entonces que denegaba el servicio a los extranjeros indocumentados.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, interpuso recurso contencioso administrativo contra la Orden SLT/330/2015, de 20 de octubre, por la que se regulan el contenido y el modelo de la tarjeta sanitaria individual en Cataluña publicada en el DOGC núm. 6987 de fecha 30 de octubre de 2015.

La STSJ Cataluña, de enero de 2018⁴², anulaba una orden dictada por la Generalitat en el año 2015 que garantizaba la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares que estuvieran empadronados. Teniendo en cuenta que la normativa básica estatal no permite a las normas autonómicas de desarrollo configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atiende a los conceptos de “asegurado” o de “beneficiario” establecidos por el Gobierno, la orden anulada vulneraba el criterio básico establecido en la norma estatal, ya que supone una ampliación de la cobertura sanitaria en el ámbito subjetivo de las prestaciones.

Se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo.

La demanda que formula el Abogado del Estado sostiene que la normativa impugnada en materia de sanidad, contraviene la regulación estatal dictada al amparo de competencias básicas y en concreto:

- a) Que se vulnera lo establecido en el RD 183/2004 estatal en cuanto a los datos básicos identificativos en la configuración y diseño de la tarjeta sanitaria individual de Catalunya.
- b) La especial nulidad por contravenir la legislación estatal común de la Disposición Adicional Tercera de la Orden recurrida.

Tanto la Generalitat de Catalunya como el Institut Català de la Salut, parte demandada, sostenían que la Orden impugnada se ajustaba a derecho, por cuanto el diseño de la tarjeta cumple con la finalidad perseguida en la normativa estatal, y la regulación básica del estado no puede incluir una regulación detallada y uniforme de la tarjeta. Respecto de la Disposición adicional tercera también sostiene que era ajustada a derecho por cuanto cumple con lo establecido en la Instrucción del Servei Català de la Salut de fecha 8/2015, por lo que solicitaba la desestimación del recurso.

El Tribunal, entrando en el fondo del asunto, establece que el artículo 3 del RD 183/2004⁴³ dispone:

“1. Con objeto de disponer de datos normalizados de cada persona, en su condición de usuaria del Sistema Nacional de Salud, independientemente del título por el que accede al derecho a la asistencia sanitaria y de la administración sanitaria emisora, todas las tarjetas sanitarias incorporarán una serie de datos básicos comunes y

42. Sala de lo Contencioso (R 616/2015).

43. De 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual (BOE de 12 de febrero de 2004). Revisión vigente desde el 5 de octubre de 2013.

estarán vinculadas a un código de identificación personal único para cada ciudadano en el Sistema Nacional de Salud.

2. Los datos básicos a incluir en el anverso de la tarjeta sanitaria son:

- a) Identidad institucional de la comunidad autónoma o entidad que la emite.
- b) Los rótulos de “Sistema Nacional de Salud de España” y “Tarjeta Sanitaria”.
- c) Código de identificación personal asignado por la administración sanitaria emisora de la tarjeta (CIP-AUT).
- d) Nombre y apellidos del titular de la tarjeta.
- e) Código de identificación personal único del Sistema Nacional de Salud (CIP-SNS).
- f) Código de identificación de la administración sanitaria emisora de la tarjeta.

3. En los supuestos en los que así lo autorice la ley, atendidas las necesidades de gestión de las diferentes administraciones sanitarias emisoras, podrán incorporarse además a la tarjeta sanitaria el número del Documento Nacional de Identidad de su titular o, en el caso de extranjeros, el número de identidad de extranjeros, el número de la Seguridad Social, la fecha de caducidad de la tarjeta para determinados colectivos o el número de teléfono de atención de urgencias sanitarias, todos ellos en formato normalizado. Igualmente se podrá incluir una fotografía del titular de la tarjeta sanitaria⁴⁴.

A la vista de lo expuesto, el artículo 1 del citado RD regula los datos básicos comunes que de forma normalizada deben incorporar las tarjetas sanitarias individuales, por lo que si comparamos el contenido del referido art. con el art. 1 de la Orden impugnada⁴⁵, el Tribunal resalta la evidente comparación pues no incluye en su diseño los rótulos “Sistema Nacional de Salud de España” y “Tarjeta Sanitaria”, puesto que si resulta claro que el modelo de tarjeta establecido en la Orden incluye el Código de identificación personal único asignado por el Sistema Nacional de salud⁴⁶, en consonancia con lo exigido en el artículo 3.2.e) del RD 183/2004⁴⁷.

En consecuencia, habrá que dilucidar si la omisión de los referidos rótulos, comporta la estimación de la demanda en cuestión.

44. Artículo 3 redactado por el número uno del artículo único del RD 702/2013, de 20 de septiembre, por el que se modifica el R.D. 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual (BOE de 4 octubre de 2013).

45. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 6987 - 30.10.2015 CVE-DOGC-B-15301030-2015 http://dogc.gencat.cat/es/pdogc_canals_interns/pdogc_sumari_del_dogc/index.html?anexos=1&language=ca_ES&numDOGC=6987&seccion=0.

46. Artículo 1.1 Orden SLT/330/2015, de 20 de octubre, por la que se regulan el contenido y el modelo de la tarjeta sanitaria individual en Cataluña: “En el anverso de la tarjeta sanitaria individual, como mínimo, se tienen que incluir los siguientes datos básicos:

- a) Identificación institucional del Servicio Catalán de la Salud (CatSalut).
- b) Nombre y apellidos de la persona titular de la tarjeta.
- c) Código de identificación de la persona titular de la tarjeta, asignado por el Servicio Catalán de la Salud.
- d) Código de identificación personal único asignado por el Sistema Nacional de Salud.
- e) Código de identificación del Servicio Catalán de la Salud como administración sanitaria emisora de la tarjeta”.

47. Artículo 3.2 RD 183/2004: “Los datos básicos a incluir en el anverso de la tarjeta sanitaria son: (...) e) Código de identificación personal único del Sistema Nacional de Salud (CIP-SNS)”.

La Disposición Final Primera del RD 183/2004⁴⁸ establece que dicho Real Decreto se dicta al amparo del artículo 149.1.16^a y 17^a de la Constitución Española⁴⁹ y según lo previsto en la Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud⁵⁰.

Según el Tribunal, de la lectura del mismo se deduce de manera evidente cuáles son los elementos que deben incluir las tarjetas sanitarias. Entre ellos, podemos destacar, los datos básicos de identificación del titular de la tarjeta del derecho que le asiste en relación con la prestación farmacéutica y del servicio de salud o entidad responsable de la asistencia sanitaria, sí como que los dispositivos que las tarjetas incorporen para almacenar la información básica y las aplicaciones que la traten, deberán permitir que la lectura y comprobación de los datos sea técnicamente posible en todo el territorio del Estado y para todas las Administraciones públicas, por lo que aparece claro que el legislador estatal, al establecer los elementos mínimos comunes a todo el territorio nacional para las referidas tarjetas, no ha incluido la referencia a los referidos rótulos. En consecuencia, el hecho de que los mismos no aparezcan en la Orden recurrida en nada afecta a los datos básicos comunes que de forma normalizada deben incorporar dichas tarjetas, por lo que el recurso en tal sentido no puede prosperar⁵¹.

Respecto a la Disposición Adicional Tercera de la Orden SLT330/2015, la misma establece que:

48. DF 1^a: "Este real decreto se dicta al amparo del artículo 149.1.16.^a y 17.^a de la Constitución Española, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud".

49. Artículo 149.1. CE: " 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 16.^a Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos. 17.^a Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas".

50. Artículo 57: "La tarjeta sanitaria individual. 1. El acceso de los ciudadanos a las prestaciones de la atención sanitaria que proporciona el Sistema Nacional de Salud se facilitará a través de la tarjeta sanitaria individual, como documento administrativo que acredita determinados datos de su titular, a los que se refiere el apartado siguiente. La tarjeta sanitaria individual atenderá a los criterios establecidos con carácter general en la Unión Europea. 2. Sin perjuicio de su gestión en el ámbito territorial respectivo por cada comunidad autónoma y de la gestión unitaria que corresponda a otras Administraciones públicas en razón de determinados colectivos, las tarjetas incluirán, de manera normalizada, los datos básicos de identificación del titular de la tarjeta, del derecho que le asiste en relación con la prestación farmacéutica y del servicio de salud o entidad responsable de la asistencia sanitaria. Los dispositivos que las tarjetas incorporen para almacenar la información básica y las aplicaciones que la traten deberán permitir que la lectura y comprobación de los datos sea técnicamente posible en todo el territorio del Estado y para todas las Administraciones públicas. Para ello, el Ministerio de Sanidad y Consumo, en colaboración con las comunidades autónomas y demás Administraciones públicas competentes, establecerá los requisitos y los estándares necesarios. 3. Con el objetivo de poder generar el código de identificación personal único, el Ministerio de Sanidad y Consumo desarrollará una base de datos que recoja la información básica de asegurados del Sistema Nacional de Salud, de tal manera que los servicios de salud dispongan de un servicio de intercambio de información sobre la población protegida, mantenido y actualizado por los propios integrantes del sistema. Este servicio de intercambio permitirá la depuración de titulares de tarjetas. 4. Conforme se vaya disponiendo de sistemas electrónicos de tratamiento de la información clínica, la tarjeta sanitaria individual deberá posibilitar el acceso a aquélla de los profesionales debidamente autorizados, con la finalidad de colaborar a la mejora de la calidad y continuidad asistenciales. 5. Las tarjetas sanitarias individuales deberán adaptarse, en su caso, a la normalización que pueda establecerse para el conjunto de las Administraciones públicas y en el seno de la Unión Europea".

51. Véase FJ 3^o.

“Los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tengan la condición de asegurados o beneficiarios a efectos de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, pero que tengan reconocido el acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública del Servicio Catalán de la Salud en Cataluña, tienen que recibir un documento de acceso con el mismo formato de la tarjeta sanitaria individual, pero sin el código de identificación personal único del Sistema Nacional de Salud y con la leyenda en el reverso del documento: “Aquest document només us permet l'accés als serveis sanitaris públics de la Comunitat Autònoma de Catalunya, d'acord amb el nivell assistencial assignat”.

B. La postura del Tribunal Constitucional

Las SSTC 134/2017⁵² y 145/2017⁵³ resuelven por un lado, conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Nación contra preceptos del Decreto del Gobierno Vasco sobre régimen de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi; y por otro, Recurso de inconstitucionalidad interpuesto también por el Presidente del Gobierno respecto del Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana.

Los pronunciamientos del TC señalan que, “la norma autonómica vulnera la competencia estatal para establecer el ámbito objetivo y subjetivo de la materia sanidad y está en contradicción con el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; este precepto estatal permite acceder a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud a los extranjeros no registrados ni autorizados para residir en España en los supuestos y circunstancias concretas que establece pero no de una manera generalizada. Como se ha indicado, la STC 134/2017, de 16 de noviembre, aborda un problema constitucional similar al suscitado en este recurso, al haberse pronunciado acerca de si en el Sistema Nacional de Salud, establecido para todo el territorio del Estado, el derecho de acceso a la cartera de prestaciones sanitarias debe tener el mismo nivel de cobertura subjetiva. La citada STC 134/2017⁵⁴, sostiene que el cambio en la configuración de las bases que

52. Pleno. Sentencia 134/2017, de 16 de noviembre de 2017. Conflicto positivo de competencia R. 4540-2012. BOE de 20 de diciembre de 2017. Planteado por el Gobierno de la Nación en relación con diversos preceptos del Decreto del Gobierno Vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de los preceptos reglamentarios autonómicos que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud y modifican las condiciones de aportación de los usuarios en la financiación de medicamentos. Votos particulares.

53. Pleno. Sentencia 145/2017, de 14 de diciembre de 2017. Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015. BOE de 17 de enero de 2018. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017). Votos particulares.

54. Véase FJ 5.

ha llevado a cabo el Real Decreto-ley 16/2012 determina que, a la hora de delimitar, conforme al mencionado sistema de bases, quién tenga derecho a la prestación sanitaria, las diferentes Comunidades Autónomas, en cuanto administraciones sanitarias que tienen a su cargo el desarrollo normativo y la función ejecutiva de la prestación sanitaria, hayan de adecuar necesariamente sus regulaciones a los conceptos de asegurado y de beneficiario en la forma y con los límites configuradores que establece aquella normativa estatal básica, de tal manera que no puedan extender el ámbito subjetivo de la relación prestacional más allá de los límites que configura el artículo 3 de la Ley 16/2003, en la redacción operada por el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012⁵⁵, que únicamente contempla como supuesto residual, al margen de los determinados por los conceptos de asegurado y beneficiario, el de la suscripción de un convenio especial en el que, de modo individual, quién pretenda obtener el acceso a la prestación de asistencia sanitaria, deba concertarlo con la administración sanitaria correspondiente mediante el pago de una contraprestación o cuota⁵⁶.

Por tanto, 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, a excepción del supuesto residual de la suscripción del convenio especial previsto en el apartado 5 del citado precepto⁵⁷.”

La determinación de la condición de asegurado y beneficiario del Sistema, que establece el artículo 3 de la Ley 16/2003, cumple con la doble exigencia de ser formal y

55. Artículo 3: “De la condición de asegurado. 1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado. 2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta. b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social. c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo. d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España. A los solos efectos de lo dispuesto en este artículo, la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, por un período inferior a seis meses, cuando no se acceda a nueva prestación o subsidio por desempleo, no impedirá recuperar la condición de parado que agotó la prestación o el subsidio por desempleo. 3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente. 4. A los efectos de lo establecido en el presente artículo, tendrán la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%. 5. Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial”.

56. Artículo 3.5 de la Ley 16/2003, en la redacción introducida por el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012: “Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial”.

57. Véase FJ 2º STC 145/2017, de 14 de diciembre de 2017, referida a la Comunidad Valenciana. Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015.

materialmente básica, ya que se encuentra recogida en una norma con rango de ley y tal determinación ha sido considerada por la doctrina de este Tribunal como materialmente básica⁵⁸.

En consecuencia, establecido el carácter básico, formal y material de la normativa estatal, se plantea si el reconocimiento (por parte de normas autonómicas), del derecho al acceso a las prestaciones sanitarias de una serie de colectivos no identificados como asegurados o beneficiarios en la normativa estatal, entra o no en contradicción efectiva e insalvable con la norma básica de referencia.

Como se ha señalado, tanto el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana⁵⁹, como la Orden 7330/2015, de 20 de octubre, por la que se regulan el contenido y el modelo de la tarjeta sanitaria individual en Cataluña, son ampliaciones de la cobertura sanitaria en el ámbito subjetivo de las prestaciones no contemplado por la normativa estatal, por tanto, vulnera el criterio básico establecido en la norma estatal.

El TSJ Cataluña establece la nulidad de la Disposición Adicional Tercera⁶⁰.

III. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS IRREGULARES EN ESPAÑA

A. Introducción

El 16 de junio de 2018, la ministra portavoz Isabel Celaá, durante la rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros, sorprendió con sus declaraciones⁶¹. El Gobierno de Pedro Sánchez cumplía su promesa de volver a la situación de 2012, cuando todos los residentes en España tenían derecho a la sanidad pública.

El Decreto 16/2012, que dejó sin asistencia sanitaria a un colectivo especialmente vulnerable, será sustituido por otro decreto. “Y se hace por decencia política y por protección de la salud, que además, es un mandato de todos los organismos internacionales, de la ONU, de la UE, de la OMS e, incluso, del Defensor del Pueblo, que expresó su resistencia cuando el real decreto fue publicado”, señaló Celaá.

Así, entraba en vigor el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud⁶², con unas primeras líneas de una claridad indiscutible: “El acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho primordial de toda persona. La garantía del ejercicio de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada

58. Entre otras, SSTC 136/2012, de 19 de junio de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 2810-2009, (FJ 5) y 63/2017, de 25 de mayo de 2017, Recurso de inconstitucionalidad 414-2013 (FJ 4).

59. DOCV de 29 de julio de 2015.

60. FJ 4. Ampliamente, <https://www.parlament.cat/document/bopc/263201.pdf>, pp. 21 y ss.

61. https://elpais.com/politica/2018/06/15/actualidad/1529059447_733412.html. En vídeo: Rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros. Emilio Naranjo. Agencia EFE.

62. BOE de 30 de julio de 2017, en adelante RD-ley 7/2018.

son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España.”

En la Exposición de Motivos, se hace referencia al papel de algunas Comunidades Autónomas que, como hemos señalado con anterioridad, se mostraban disconformes con la exclusión producida por el Real Decreto-ley 16/2012, desarrollando procedimientos con diferente amparo normativo (comunicados, instrucciones, resoluciones, órdenes, decretos o leyes) para prestar asistencia sanitaria a estas personas.

En la actualidad, la mayoría de estas iniciativas se encuentran impugnadas y/o anuladas, “por lo que se produce una inequidad manifiesta y una situación de inseguridad jurídica que afecta a las personas que lo disfrutaban, a los y a las profesionales que prestan la atención sanitaria, así como a las Administraciones que las han aprobado.”⁶³

En consecuencia, la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud⁶⁴, supone un cambio radical en lo que se refiere al derecho a la asistencia sanitaria, prestada a través del Sistema Nacional de Salud, pues ese derecho parece salir del ámbito de la Seguridad Social⁶⁵ para configurarse como un derecho de ciudadanía, de carácter universal, y solamente ligado a la residencia, extendiendo también el derecho (si bien con alguna limitación) a las personas que se encuentren irregularmente en España, cuyo acceso había quedado vetado tras la entrada en vigor del Real Decreto 1192/2012⁶⁶.

B. Preceptos afectados

Esta importante reforma legislativa deroga tácita y expresamente algunos de los apartados del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de persona asegurada y beneficiaria a efectos de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

En particular se rectifican los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto de 2012.

Asimismo, se modifican dos normas con rango legal, de un lado, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en lo que respecta al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria y, de otro, el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios⁶⁷.

63. RD-ley 7/2018, p. 2.

64. BOE de 30 de agosto de 2018, en adelante RDL 7/2018.

65. Tal y como se configuraba en la Ley 16/2003, tras la modificación operada en la misma a través del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, desarrollado por 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 SNS.

66. <https://www.laboral-social.com/asistencia-sanitaria-universal-resumen-contenido-rdl-7-2018-panizo-robles.html>.

67. BOE de 25 de julio de 2015.

En relación a la Ley 16/2003, el artículo 3 establece que serán titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria:

1. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español. Sin perjuicio de lo anterior, las personas con derecho a la asistencia sanitaria en España en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que comprendan la prestación de asistencia sanitaria, tendrán acceso a la misma, siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas.
2. Para hacer efectivo el derecho al que se refiere el apartado 1 con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, las personas titulares de los citados derechos deberán encontrarse en alguno de los siguientes supuestos:
 - a) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español.
 - b) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia.
 - c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.
3. Aquellas personas que de acuerdo con el apartado 2 no tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, podrán obtener dicha prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.
4. Lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo no modifica el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantendrán su régimen jurídico específico".

El mismo texto legal, reconoce el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos (art. 3 *bis*):

1. El reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos corresponderá al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social con la colaboración de las entidades y administraciones públicas imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos a los que se refiere el artículo 3.2, en la forma en que se determine reglamentariamente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la gestión de los derechos de asistencia sanitaria derivados de las normas internacionales de coordinación de los sistemas de seguridad social, así como las demás funciones atribuidas por dichas normas a las instituciones competentes y organismos de enlace, corresponderán al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

2. Una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, éste se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual.
3. Los órganos competentes en materia de extranjería podrán comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y a las entidades y administraciones públicas a las que se refiere el apartado 1, sin contar con el consentimiento del interesado, los datos que resulten imprescindibles para realizar la comprobación necesaria del reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos.

Del mismo modo, el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y las entidades y administraciones públicas a las que se refiere el apartado 1, podrán tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras, servicios comunes y órganos de las administraciones públicas competentes que resulten imprescindibles para verificar la concurrencia del reconocimiento y control del citado derecho. La mencionada cesión de estos datos no precisará del consentimiento del interesado.

El Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y las entidades y administraciones públicas a las que se refiere el apartado 1, tratarán la información a la que se refieren los dos párrafos anteriores con la finalidad de comunicar a las administraciones sanitarias competentes los datos necesarios para verificar en cada momento que se mantienen las condiciones y los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y atención sanitaria con cargo a fondos públicos, sin precisar para ello del consentimiento del interesado.

Cualquier modificación o variación que puedan comunicar el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y las entidades y administraciones públicas a las que se refiere el apartado 1, deberá surtir los efectos que procedan en la tarjeta sanitaria individual”.

Respecto a los extranjeros no registrados ni autorizados, destacamos el artículo 3^{ter} de la ya mencionada Ley 16/2003, que queda redactado en los siguientes términos:

1. Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, tal y como se establece en el artículo 3.1. 2. La citada asistencia será con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes siempre que dichas personas cumplan todos los siguientes requisitos: a) No tener la obligación de acreditar

- la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable. b) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. c) No existir un tercero obligado al pago.
2. La asistencia sanitaria a la que se refiere este artículo no genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas internacionales en materia de seguridad social aplicables.
 3. Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder recibir la prestación asistencial a la que se refiere este artículo. En aquellos casos en que las personas extranjeras se encuentren en situación de estancia temporal de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, será preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las comunidades autónomas.
 4. Las comunidades autónomas deberán comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, mediante el procedimiento que se determine, los documentos certificativos que se expidan en aplicación de lo previsto en este artículo”.

Si bien se aclara que, en el caso de que estas personas afectadas por dichos acuerdos, cuando no tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos podrán éstas obtener dicha prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (art. 3.3 de la Ley 16/2003).

A la disposición 3.2 se adiciona ahora un nuevo apartado b) y c) que se dirige a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español.

C. Titulares del derecho a la protección de la salud

Con el Real Decreto, el derecho a la salud se configura como un derecho universal, de la ciudadanía y no sólo condicionado a la residencia, por lo que quedarían encuadradas dentro de esa protección las personas que se encuentren en situación irregular en España.

De este modo, se extiende el derecho a la asistencia sanitaria a este colectivo tan vulnerable, al tiempo que revierte la situación generada en 2012 y que limitaba la asistencia sanitaria pública a los supuestos de emergencia, embarazo, parto y puerperio o para los menores de edad.

El aseguramiento universal y público de la protección de la salud por parte del Estado se materializa mediante la extensión generalizada del derecho por la citada LCCSNS.

Así, serán titulares del derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos todas las personas que, con independencia de su nacionalidad, tengan establecida su residencia en territorio español⁶⁸. Este reconocimiento de atribuye también a aquellas personas que, en aplicación de los Reglamentos Comunitarios o Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social, tengan acceso a dicha protección en la forma que se establezcan.⁶⁹

Frente a esta apertura del derecho a la asistencia sanitaria, el art. 3 ter de la Ley 16/2003, prevé que las personas extranjeras que se encuentren en situación irregular en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales. Sin embargo, a efectos de participación en el precio de los medicamentos (copago), la persona beneficiaria abonará el 40% del precio de venta al público. Esta condición supone una limitación al que se considera derecho humano y universal, es decir, debería eliminarse el copago tanto para los nacionales como para los extranjeros con independencia de su situación administrativa. No tendría lógica mantener la previsión de copago a aquellos colectivos que están más necesitados y vulnerables⁷⁰.

No obstante, para que la asistencia sanitaria sea sufragada por fondos públicos, las personas beneficiarias deben cumplir una serie de requisitos. Así, los extranjeros residentes en territorio español también serán titulares del derecho a la protección de la salud, en igualdad de condiciones que los españoles, si carecen de la cobertura sanitaria por otra vía. Igualmente, se garantiza este mismo derecho a los extranjeros que se encuentren en situación irregular en España, si bien, en este supuesto, la cobertura queda limitada a la prestación de servicios dentro del territorio nacional, y siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas⁷¹:

- a) Carecer de cobertura obligatoria por otra vía.
- b) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia
- c) No existir un tercero obligado al pago.

El presente Real Decreto-ley cumple con la necesidad de garantizar la universalidad de la asistencia, es decir, garantizar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en España⁷².

68. Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: *Manual de Derecho de la Protección Social*, Tecnos, Madrid. 2021, pp. 152-153.

69. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España", *e-Revista Internacional de la Protección Social. Universidad de Sevilla*, vol. 3, núm. 1, 2018.

70. López Insua, B. M.: "La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio", *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 1, 2019, p. 323.

71. Artículo 3.2.c) y 3 ter LCCSNS, respectivamente.

72. López Insua, B. M.: "La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio", ob. cit., pp. 300 y ss.

La exposición de motivos lo reconoce de una manera clara. El modelo desliga el aseguramiento con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social y se vincula a la residencia en España, así como a aquellas personas que, sin residir habitualmente en el territorio español, tengan reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico⁷³, consolidándose así la separación del derecho a la asistencia sanitaria, previsto en el artículo 43 de la Constitución del correspondiente a la Seguridad Social.

No obstante, y a pesar de los cambios introducidos, desde su entrada en vigor se han detectado una serie de problemas que van desde la falta de armonización en la interpretación de los requisitos administrativos, hasta la disparidad de los procedimientos para obtener la tarjeta sanitaria, obstaculizando así el acceso universal al sistema público de salud que se proclama como objetivo en la propia exposición de motivos⁷⁴.

En consecuencia, la cuestión parece que quedaría definitivamente resuelta, ya que el acceso al Sistema Nacional de Salud se configura en base a un derecho universal⁷⁵.

D. Límites y restricciones a la universalidad del derecho a la asistencia sanitaria para inmigrantes reagrupados: la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019

La sentencia se centra en torno al derecho a la asistencia sanitaria de una ciudadana española que reagrupa a su madre (de nacionalidad cubana) a la que le fue concedida la "tarjeta de residencia temporal de familiar de la Unión", al amparo de lo dispuesto en el RD 240/2007⁷⁶.

La sentencia recurrida entiende que reúne los requisitos del artículo 2.b)3 del RD 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 Salud⁷⁷.

El TS establece que la concesión de la tarjeta indicada no supone la existencia automática del derecho, sino que la dinámica del derecho está sujeta al mantenimiento del requisito de su concesión relativo a que el reagrupante disponga de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su periodo de residencia y de un seguro de enfermedad que cubra los riesgos

73. Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, donde se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria.

74. León Alonso, M.: "Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, 2019, p. 268.

75. <https://www.laboral-social.com/asistencia-sanitaria-universal-resumen-contenido-rdl-7-2018-panizo-robles.html>.

76. RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE de 28 de febrero de 2007).

77. Artículo 2.b)3.º: "Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica".

del reagrupado en España, tal y como se desprende del artículo. 7.1.b) y 2 del RD 240/2007. La sentencia cuenta con dos votos particulares.

El Tribunal argumenta su decisión: “partiendo del principio de universalidad y sin olvidar el de financiación pública y su sostenibilidad, que igualmente informan el sistema nacional de salud, el concepto de “cobertura obligatoria de la prestación de asistencia sanitaria” es el que se pretende por la parte recurrente porque la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, cuando el solicitante es extranjero con residencia legal, solo se otorga en el caso de que no se tenga cubierta dicha prestación de forma obligatoria por otros cauces, públicos o privados. Y tal previsión, en casos como el resuelto en la sentencia recurrida implica que si hay un tercero obligado a cubrir dicha protección o existe una norma que así lo imponga o que tal prestación venga siendo atendida en virtud de otros aseguramientos públicos, ya no se cumplen las exigencias para que el sistema público deba atender lo que ya está cubierto. Y esto es lo que sucede en los supuestos en que un familiar a cargo de un reagrupante, que no ostenta la condición de beneficiario, ha obtenido la residencia legal por tal vía. Dicho familiar tiene cubierta la asistencia sanitaria por el reagrupante que debe mantenerla durante todo el tiempo de residencia legal como dinámica propia e inescindible del derecho. Y esta cobertura debe ser calificada de obligatoria en tanto que viene impuesta legalmente y con permanencia durante todo el tiempo de residencia del reagrupado en el Estado de acogida. Si ello es así, la protección que se pide con cargo a los fondos públicos es innecesaria por estar ya cubierta por otra vía legal, aunque sea a cargo de un tercero que se ha obligado a dar cumplimiento a esa exigencia normativa”⁷⁸.

La controvertida sentencia del TS, a pesar de los numerosos pronunciamientos donde se reconoce el acceso a la sanidad pública de los inmigrantes reagrupados, da un giro de 180 grados con este pronunciamiento, lo que hace tambalear peligrosamente las bases de nuestro sistema de Seguridad Social, al declarar que los padres y madres de ciudadanos españoles deben contar con prestación sanitaria mediante seguro privado centrado en factores meramente económicos⁷⁹.

Como hemos explicado con anterioridad, el vigente el RD 7/2018, prevé que los inmigrantes en situación irregular en España tengan derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Sin embargo ¿qué ocurre cuando el extranjero sí reúne los requisitos legales para residir en España? Según establece el TS en su sentencia de 13 de mayo de 2019, se le podrá denegar este derecho. Por lo que, se provocaría una grave discriminación entre inmigrantes en función de su situación tanto administrativa como económica⁸⁰.

78. Véase FJ 6º.

79. Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M.: “Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019: STS-SOC núm. 364/2019, de 13 de mayo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm.6/2019, p. 9.

80. Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M.: “Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019: STS-SOC núm. 364/2019, de 13 de mayo”, *ob. cit.*, p. 10.

IV. CONCLUSIONES

El desplazamiento de personas de un territorio a otro ha constituido un proceso constante en la evolución de la Humanidad. La emigración constituye una realidad social, un fenómeno que se ha producido desde épocas pasadas y que se mantiene en la actualidad. Persistirá mientras existan diferencias políticas, económicas y sociales ya que la persona tenderá a desplazarse buscando condiciones de vida dignas y nuevas oportunidades de empleo, en definitiva, una mejor calidad de vida para él y su familia.

Ese movimiento entre países es consecuencia del ejercicio de la libertad que ostenta toda persona. La movilidad de la población constituye un Derecho Fundamental del ser humano, que deriva de la capacidad que posee de toda persona de trasladarse y de circular libremente por el territorio de un Estado, como queda reflejado ya, desde tiempo atrás, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Organización de las Naciones Unidas, de 1948, en cuyo artículo 13 se dice que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

No obstante, ello no significa un derecho a entrar, residir o trabajar en un país, por lo que el Estado, preocupado por la entrada o llegada de inmigrantes, se encontrará facultado para establecer requisitos o condiciones para ello y, nuestro país, es uno de los Estados que impone requisitos administrativos para la entrada, residencia y el ejercicio de una actividad laboral en España, ya sea por cuenta propia o ajena.

El profundo cambio producido por el fenómeno migratorio en las últimas décadas, ha hecho necesario adaptar la normativa reguladora de extranjería a la realidad social que supone la entrada, estancia y el trabajo de los extranjeros en España.

Las normas sobre extranjería en España se han sucedido rápidamente y tienden a ofrecer una mayor protección de los extranjeros en España en consonancia con la Constitución Española y los Tratados Internacionales. El reconocimiento de derechos a los inmigrantes va caminando hacia la equiparación entre extranjeros y nacionales, y ésta equiparación es plena cuando el extranjero se encuentra en situación regular en nuestro país.

La regulación nacional sobre la materia sanitaria resulta caótica, debido a los numerosos e importantes cambios que en esta materia se han producido en los últimos años.

Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018, volvemos a la sanidad universal. Pero ser extranjero y sin residencia legal en España no son requisitos suficientes para poder beneficiarse de la atención universal en los términos que dispone el Real Decreto del Gobierno. Es necesario también “no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable”. Por lo que para poder acogerse a esta norma, el beneficiario no puede “exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia” y no “existir un tercero obligado al pago”.

No obstante, el ajuste llevado a cabo añade algo más: los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, deberán aportar un porcentaje del precio de los medicamentos y productos sanitarios que requieran.

Frente a esta apertura del derecho a la asistencia sanitaria, se prevé que las personas extranjeras que se encuentren en situación irregular en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales. Sin embargo, a efectos de participación en el precio de los medicamentos (copago), la persona beneficiaria abonará el 40% del precio de venta al público.

Esta condición supone una limitación al que se considera derecho humano y universal, es decir, debería eliminarse el copago tanto para los nacionales como para los extranjeros con independencia de su situación administrativa. No tendría lógica mantener la previsión de copago a los colectivos más necesitados y vulnerables.

En definitiva, el acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho primordial de toda persona. La garantía del ejercicio de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España.

Esta universalidad tiene una importante excepción en materia de reagrupación familiar, la sentencia del TS de 13 de mayo de 2019 exige para la prestación sanitaria la contratación de un seguro privado para los padres y madres de ciudadanos españoles, basándose en factores meramente económicos.

Bibliografía

- Aja, E., Montilla, J. A. y Roig E.: *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- Delgado del Rincón, L. E.: "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 2014.
- 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*, núm. 186, 2019.
- León Alonso, M.: "Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, 2019.
- López Insua, B. M.: "La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio", *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 1, 2019.
- Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: *Manual de Derecho de la Protección Social*, Tecnos, Madrid, 2021.
- Monereo Pérez, J. L.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.
- Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M.: "Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019: STS-SOC núm. 364/2019, de 13 de mayo", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6/2019.
- Ortega Lozano, P. G.: "La responsabilidad patrimonial de la administración por una deficiente asistencia sanitaria", en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 3, núm. 1, 2018.