

# LA ASISTENCIA SANITARIA PARA LOS EXTRANJEROS Y LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN ESPAÑA. SU MODELO Y MARCO JURÍDICO\*

*Healthcare assistance for foreigners and irregular immigrants in Spain. Your model and legal framework*

Anunciación Contreras Torres\*\*

Recibido: 30 de noviembre de 2017  
Aprobado: 15 de diciembre de 2017

Para citar este artículo / To cite this article

Contreras, T., Anunciación. (2018) La asistencia sanitaria para los extranjeros y los inmigrantes irregulares en España. Su modelo y marco jurídico. *Revista Alma Mater*, 14 (1), pp. 10 - 28.

## Resumen

Son muchas las cuestiones que se suscitan en torno al fenómeno de los extranjeros y la inmigración: sociológicas, políticas, económicas jurídicas. El presente trabajo se va a dedicar a la regulación jurídica de la situación de las personas extranjeras y extranjeras irregulares en cuanto al reconocido el derecho a la asistencia sanitaria. Partimos de una breve consideración internacional, europea y constitucional para, analizar la situación creada por la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, y ver la modificación que éste ha supuesto en la asistencia sanitaria de los extranjeros no comunitarios para poder recibir la asistencia sanitaria.

Este trabajo persigue como objetivo principal el análisis de la asistencia sanitaria dentro del marco internacional, europeo y nacional español del marco del Sistema Nacional de Salud en España y específicamente la situación de los extranjeros en general y los extranjeros irregulares en particular. Se ha diseñado este trabajo con una estrategia metodológica basada en la investigación científico-jurídica documental, siguiendo el método deductivo, utilizando las fuentes jurídicas, partiendo de las normas internacionales, la Constitución Española de 1978 y las normas de desarrollo, la Jurisprudencia que emana de los Tribunales de Justicia, y la Doctrina Científica, resaltando la particularidad de que este tema es abordado en el sistema español, tanto por la doctrina laboralista como administrativista, como manifestación específica de la singular posición de la asistencia sanitaria en España, que por un lado, constituye una prestación de un servicio público y por otro, una prestación del sistema de Seguridad Social profesional.

## Palabras Clave

Asistencia sanitaria, Sistema Nacional de Salud, Seguridad Social, Constitución Española 1978, extranjero no registrado, inmigrante, inmigración irregular.

## Abstract

Many questions arise about the issues of immigrants and immigration: specifically, sociological, political, economic and legal issues. This work will be dedicated to the legal regulation of irregular (illegal) immigrants and legal immigrants in respect to the right of health care. We start from a

\* Trabajo clasificado como artículo de resultados de investigación científica. Desarrollado en el marco de la Tesis Doctoral que tiene por título: *El Sistema Nacional de Salud: Sujetos protegidos y contenido de la prestación de asistencia sanitaria*, defendida el 17 de noviembre de 2016, en la Universidad Católica de Valencia.

\*\* Doctora en Derecho por la Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir". Licenciada en Derecho Correo electrónico: anun.contreras@ucv.es

brief international, European and constitutional considerations to analyze the situation created by the approval of Royal Decree-Law 16/2012 of April 20. We also look at the modification that this has entailed in the health care of non-EU citizens to receive health care. The main objective of this work is to analyze the health care within the framework of the International and European framework, and the Spanish National Health System framework. Specifically, the situation of immigrants in general and illegal immigrants in particular.

This work has been designed with a methodological strategy based on documentary scientific-legal research, following the deductive method, using legal sources, starting from the international norms, the 1978 Spanish Constitution and the norms of development, Jurisprudence emanating from the Courts of Justice, and the Scientific Doctrine, highlighting the particularity that this issue is addressed in the Spanish system, both by the labor doctrine and administration, as a specific manifestation of the unique position of health care in Spain. Which on the one hand, constitutes a provision of a public service and, on the other hand, a provision of the system of professional social security.

### **Key words**

Health care, National Health System, Social Security, Spanish Constitution 1978, foreigner not registered, immigrant, irregular immigration.

## **INTRODUCCIÓN**

El derecho a la salud se encuentra garantizado en los textos internacionales y en la Carta Magna, la Constitución Española de 1978. La importancia del tema es debida, a la relevancia social que tiene la asistencia sanitaria, por tener ésta una influencia directa en la vida de las personas, así como, porque la asistencia sanitaria da respuesta a las situaciones de necesidad de alteración de salud, del mismo modo, que a la necesidad de asistencia al individuo en momentos de mayor vulnerabilidad. Por ello se puede considerar que la universalización del derecho a las prestaciones sanitarias forma parte del modo de vida, de la organización, y de la convivencia social española. La asistencia sanitaria pública constituye un servicio que presta el Estado, a través de las Comunidades Autónomas y, que por la naturaleza de las funciones constitucionales que cumple y amplitud subjetiva, en un entorno de crisis es necesario tener en cuenta y valorar su función y su situación.

La adopción 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, supone una ruptura del modelo legal vigente hasta la reforma que tenía un carácter de asistencia sanitaria básica universal para el extranjero en el que bastaba con la formalización administrativa del empadronamiento para que el legislador permitiera, en esos momentos de necesidad, el reconocimiento y el acceso al derecho a la asistencia sanitaria. De este modo y con esta nueva normativa los inmigrantes irregulares han sido privados del acceso a la asistencia sanitaria, ya que tras el Real Decreto-ley 16/2012, se exige el requisito administrativo de la residencia legal, exigiendo su formalidad administrativa para que todos los extranjeros no comunitarios tengan reconocida la condición de asegurado o beneficiario de asegurado, y de este modo, tengan también reconocido el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. El Real Decreto-ley no deja completamente desprotegidos a los extranjeros no comunitarios que carezcan de la residencia legal, como pudiera parecer, sino que el Real Decreto-ley 16/2012, contempla el derecho a la asistencia sanitaria gratuita a los extranjeros irregulares en caso de urgencia, asistencia al embarazo y en menores de dieciocho

años, teniendo limitada las condiciones sanitarias, cartera de servicios y prestaciones sanitarias, a las urgencias por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica, que se ha mencionado.

A tal efecto, se pretende comprobar, en primer lugar, identificar los parámetros a los que España está vinculada en el ámbito de la protección sanitaria de los inmigrantes indocumentados en virtud de los instrumentos de protección internacional de derechos humanos y de protección europea de los que se parte. Tras esta identificación se procederá a la delimitación que con carácter general efectúa el Constituyente de los derechos de los extranjeros, para después, proceder al examen específico del derecho a la protección de la salud. Finalmente se la reforma legal operada a través del Real Decreto-ley 16/2012 con las condiciones de acceso a la asistencia sanitaria de los extranjeros en general, centrando nuestra atención en el supuesto de los extranjeros que no cuentan con residencia legal, zanjando provisionalmente la situación jurisprudencial constitucional que sobre la materia existe con la sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, de 21 de julio que se refiere al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012 en el que se declara la nulidad, únicamente, del precepto legal que remite en blanco a un reglamento para la determinación del nivel de ingresos que no deben superar quienes, sin tener vínculo alguno con el sistema de Seguridad Social, aspire a acceder a la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud.

## **1. DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN SANITARIA DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES EN EL MARCO INTERNACIONAL Y EUROPEO**

Hecha esta introducción, hay que centrarse en el marco internacional y europeo que los derechos humanos y la protección a la salud tienen en los inmigrantes y más concretamente en los irregulares que son los que pudieran quedar más desprotegidos por los sistemas de protección a la salud. Como es sabido, los contenidos de los tratados de protección de derechos humanos resultan fundamentales como criterio interpretativo de los derechos fundamentales de los extranjeros recogidos en el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978.

Así son numerosos los mecanismos internacionales que reconocen el derecho a la asistencia sanitaria de toda persona, con independencia de su estatus legal o nacional. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derecho Humanos afirma que «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios». De forma especial, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Naciones Unidas en 1966 y ratificado por todos los estados miembros de la Unión Europea, determina en su artículo 12.1 «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental». De este modo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace toma en consideración a la salud entendida como «un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos»<sup>1</sup>. De esta forma son los Estados partes los que deben garantizar que las condiciones vinculadas a la provisión de la atención sanitaria cumplan con las características de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad<sup>2</sup>. Entiéndase por accesibilidad cuatro categorías diferentes como son: la prohibición de discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica de los servicios público o privados de atención a la salud, y el acceso a la información de las cuestiones relacionadas con la salud.

<sup>1</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 14 (2000), relativa al derecho al disfrute de más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 22º periodo de sesiones E/C12/2000/4, párrafo 1.

<sup>2</sup> *Ibidem.*, párrafo 12

De igual forma, hay que destacar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación legal específica de respetar el derecho a la salud, en virtud de lo cual los Estados deberán abstenerse, en particular, de denegar o limitar el acceso igual a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos de todas las personas, incluidas entre otros colectivos, a los solicitantes de asilo o a los inmigrantes ilegales<sup>3</sup>. Del mismo modo, en mayo de 2013 entró en vigor el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en 2008 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificado por España<sup>4</sup>.

El derecho a la salud también se reconoce a todas las personas, con independencia de su estatus legal o nacionalidad, en los siguientes acuerdos internacionales como son<sup>5</sup>: la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965 en su artículo 5, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979 en sus artículos 11 y 12, así como, en la Convención sobre los Derechos del niño de 1989 en su artículo 24, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares adoptado por las Naciones Unidas en 1990 y en vigor desde el 1 de julio de 2003 y que en su artículo 28 reconoce el derecho de los trabajadores inmigrantes y sus familiares a recibir cualquier tipo de atención médica urgente en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado en el que se encuentren. La aportación principal de esta disposición se centra, según la doctrina, en la prohibición a los Estados de denegar la provisión de asistencia médica a los inmigrantes irregulares, sin embargo, esta obligación está circunscrita a la atención sanitaria de emergencia, excluyendo de su contenido normativo exigible el seguimiento médico posterior, así como todo tipo de atención médica preventiva<sup>6</sup>.

Mención especial tiene la Carta Social Europea, adoptada en 1961 y revisada en 1996<sup>7</sup>, es un instrumento de protección de derechos humanos que complementa el Convenio Europeo de Derechos Humanos incorporando un catálogo de derechos de naturaleza social y económica, entre otros, derechos en materia laboral, vivienda, educación, sanidad. En concreto, en virtud de los artículos 11 a 13 los Estados se comprometen garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la salud<sup>8</sup>. Sin embargo, un obstáculo para su proyección a los inmigrantes irregulares radica en los límites subjetivos de su ámbito de aplicación, que está restringido a aquellos extranjeros nacionales de otros Estados que residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de un Estado Parte; es decir, que la protección de los derechos recogidos en la Carta no es extensiva a los nacionales de terceros países. Aunque sólo la decisión del Comité parece abrir en principio la puerta a la posibilidad de reclamaciones de inmigrantes indocumentados por vulneraciones de derechos de la Carta Social Europeas, se trata, por el momento, el único caso en que se ha producido una interpretación extensiva del ámbito subjetivo en los términos de admisión al derecho a la asistencia sanitaria como condición para la garantía de la dignidad humana, en la corte francesa<sup>9</sup>.

3 *Ibidem.*, párrafo 34.

4 La fecha de ratificación por parte de España fue el 23 de septiembre de 2010.

5 SOBRINO GUIJARRO, I. (2013): 137-ss.

6 BELL (2010): 156-157, CHOLEWINSKI (2005): 48, DA LOMBA (2004):379

7 Hasta la fecha, España aún no ha procedido a la ratificación de la versión revisada de la Carta Social Europea de 1996.

8 Artículo 11, Carta Social Europea: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección a la salud, las Partes se comprometen a adoptar [...] medidas adecuadas para, entre otros fines: 1) eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2) establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3) prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes».

9 *International Federation of Human Rights c. France*: párrafo 30.

Si se hace referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ésta reviste una gran relevancia como instrumento de protección de derechos humanos en el ámbito regional de la Unión, especialmente desde que el Tratado de Lisboa le otorga carácter vinculante<sup>10</sup>. De este modo bajo el epígrafe del capítulo IV, dedicado a la Solidaridad, se ubica el derecho de «toda persona a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecida por las legislaciones y practicas nacionales». Se trata del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, basado en el artículo 11 de la Carta Social Europea<sup>11</sup>, que incorpora además el objetivo de garantizar un «alto nivel de protección de la salud humana» en la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión.

## 2. EL MODELO ESPAÑOL DEL DERECHO A LA SALUD. SU MARCO CONSTITUCIONAL

Para el análisis del derecho a la protección de la salud de los extranjeros en el marco español del derecho a la salud se exige realizar previamente un examen de la delimitación objetiva que, con carácter general, realiza el constituyente español de 1978 en relación a los derechos de los extranjeros. Y así, de entrada, la Constitución Española de 1978 reconoce en su artículo 13.1 que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Dicho precepto pone de manifiesto como

desde el propio marco constitucional se parte del reconocimiento formal de un principio de equiparación limitada entre los extranjeros y los españoles, distinguiendo por tanto el estatuto de ciudadanía<sup>12</sup>. Se estaría ante la posibilidad constitucionalmente admitida de que en el ejercicio de los derechos y libertades públicas se diera una desigual de trato entre extranjero y español<sup>13</sup>. El ejercicio de los derechos y libertades públicas desde la vertiente del principio de igualdad y no discriminación entre españoles y extranjeros, remite a una cuestión resuelta por el Tribunal Constitucional de forma temprana: la distinción que cabe realizar entre reconocimiento y ejercicio de los derechos y libertades públicas. Y así, la remisión que el art. 13 Constitución Española de 1978 realiza a los Tratados y las leyes internas no debe interpretarse en el sentido de que los extranjeros sólo gocen de aquellos derechos y libertades que establezcan dichas normas internacionales y estatales, sino todo lo contrario, ya que el marco constitucional impone una delimitación legislativa originaria, pudiendo establecer el legislador condiciones adicionales, sin vulnerar en ningún caso el contenido esencial del derecho o sin observar las prescripciones propias de un derecho reconocido expresamente a los extranjeros por la Constitución Española de 1978.

En relación a la titularidad y ejercicio de los derechos y libertades públicas de los extranjeros, la jurisprudencia constitucional ha establecido tres tipos de situaciones respecto de aquéllos en relación con el alcance del principio de igualdad y no discriminación y con la dignidad de la persona: situación de plenitud de derechos, situación de carencia de derechos y situación de potencial titularidad de derechos. En el primer supuesto estarían los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, cuya regulación debe ser idéntica para ambos, entre otros los derechos a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15). En el segundo tipo encontramos los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, por ejemplo, el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (artículo 23). Finalmente,

10 Tratado de la Unión Europea, artículo 6.

11 HERVEY, T. and KENNER, J. (eds.) (2003): 253.

12 Sobre el modelo constitucional de atribución de derechos fundamentales a los extranjeros en general, véase MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (2002): 211-223.

13 DE VAL TENA, A. L. (2002): 45.



habría que mencionar los derechos cuya titularidad comparten nacionales y extranjeros, si bien el ejercicio por estos últimos se condiciona a lo establecido por los Tratados y las leyes, aquí encontraríamos al derecho de protección de la salud (artículo 43). Este derecho se vincula con la dignidad de la persona y con los derechos inviolables que le son inherentes (artículo 10.1) teniendo así una proyección de forma transversal del derecho a la vida sobre el derecho a la protección de la salud. Así se entiende, en línea con la doctrina a doctrina del Tribunal Constitucional, que la asistencia sanitaria necesaria, pública y gratuita, que se haya de prestar en los casos en que la situación clínica obliga a una atención inmediata o en aquellos que así lo demanden las circunstancias subjetivas del paciente ha de configurarse como un derecho universal, reconocido a los inmigrantes con independencia de su situación administrativa en nuestro país<sup>14</sup>.

Aun así, el derecho a la protección a la salud se incorpora en el Capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica» del Título I, y como se indica en el artículo. 53.3 de la Constitución Española de 1978 dichos principios sólo serán aplicables «de acuerdo con lo que se disponga en esas leyes», de manera que el potencial titular no puede reconocer en aquellos principios ningún derecho subjetivo vinculante para el legislador<sup>15</sup>. Esta libertad de configuración legal del citado derecho lleva la posibilidad de que no se dé una uniformidad de tratamiento jurídico de la protección a la salud; y que se hayan podido defender éstos con razonamientos económicos.

De este modo, no cabe que siendo el contenido del derecho a la protección de la salud mucho más amplio que la prestación de asistencia sanitaria, se pueda considerarse el mismo como un derecho generalizable a los inmigrantes según las exigencias legislativas, lo que permitiría las diferencias de trato respecto de los españoles en su ejercicio y las diferencias de contenido en función de la situación del extranjero en nuestro país<sup>16</sup>.

Desde un punto de vista subjetivo, el derecho a la protección de la salud, desde la perspectiva de la titularidad del mismo, responde a un principio de máxima amplitud en la configuración de su ámbito subjetivo<sup>17</sup>. El art. 43 Constitución Española de 1978 reconoce el derecho a la protección de la salud sin referencias acerca de quiénes son titulares, creando una concepción amplia del derecho que lejos de quedar reservado para los nacionales, debe hacerse extensible a todo ciudadano en general por su condición de persona.

### 3. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA HUMANITARIA

Si bien las normas reguladores del sistema sanitario público, partiendo del reconocimiento del derecho a la protección a la salud que hace el artículo 43 de la Constitución Española de 1978, proclaman la universalidad y la gratuidad del derecho a la asistencia sanitaria en España, lo cierto es que la regulación legal y reglamentaria viene a delimitar el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria financiada con fondos públicos estableciendo requisitos y situaciones incluidas, lo que supone que determinadas personas quedan excluidas de la cobertura sanitaria pública y, si se accede a ella, quedan obligadas a financiar las prestaciones recibidas por ellas mismas.

<sup>14</sup> SANCHÉZ-URÁN AZAÑA, Y. (2001):178.

<sup>15</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J. (1996):448.

<sup>16</sup> SANCHÉZ-URÁN AZAÑA, Y. (2006):228

<sup>17</sup> BORRAJO DACRUZ, E. (1996):181.

### **Consideraciones generales: asegurados, beneficiarios**

Sin que se pueda realizar aquí una exposición detallada de los sujetos con derecho a asistencia sanitaria, como asegurados o beneficiarios, y de las condiciones de acceso a la misma a la cartera de servicios y prestaciones sanitarias, podríamos resumir diciendo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en los artículos 3 y 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, modificada por Real Decreto ley 16/2012, y en los artículos 2 y 3 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; tendrán acceso a los servicios y prestaciones del sistema sanitario público: los trabajadores, nacionales o extranjeros por cuenta ajena o por cuenta propia afiliados a la Seguridad Social, en alta o en situación asimilada al alta<sup>18</sup>; los pensionista y perceptores de prestaciones periódicas de la Seguridad Social; las personas que, habiendo agotado la prestación o el subsidio por desempleo, mantenga la situación de desempleo y residan en España, sin tener derecho a asistencia sanitaria por otro título; las personas con discapacidad igual o superior al 33% que no tengan derecho a la asistencia sanitaria por otra causa, en los términos que determine la ley; las personas no asegurada por otra vía que no superen determinados nivel de ingresos; y los menores sujetos a tutela administrativa. Todas estas personas tienen reconocido el derecho a la asistencia sanitaria en condición de asegurados con la cartera de servicios y prestaciones sanitarias establecidas para ellos.

La asistencia sanitaria se extiende del mismo modo, en las condiciones legalmente prevista, a las personas que dependen económicamente de un asegurado; este es el caso de los sujetos beneficiarios. También se extiende a los supuestos especiales, como los españoles en el exterior, apátridas, solicitantes de protección internacional, víctimas de trata de seres humanos, menores sujetos a tutela administrativa entre otros.

En cuanto a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España desde el 1 de septiembre de 2012, sólo reciben asistencia sanitaria con cargo del sistema español en caso de urgencia por enfermedad grave por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa y hasta la situación de alta médica; en caso de embarazo, parto y postparto con la asistencia que requieran tales circunstancias; y en todo caso de edad inferior a dieciocho años, recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, todo ello según se desprende del artículo 3 ter de la Ley 16/2003, incorporado por el Real Decreto-ley 16/2012<sup>19</sup>. Tras la modificación operada en la Ley 16/2003 por el Real Decreto-ley 16/2012, el empadronamiento, al que se podía acceder sin ser residente legal, ya no dará derecho a recibir asistencia sanitaria en igualdad de condiciones con la cartera de servicios y prestaciones sanitarias que el resto de personas, autóctonas o extranjeras residentes. No se entienden incluidos en este supuesto a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o asimilado provenientes del Espacio Económico Europeo o Suiza, que se encuentren en situación de estancia inferior a tres meses prevista en el artículo 6 del Real Decreto 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.

<sup>18</sup> La legislación de seguridad social sigue disponiendo que la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente de trabajo forma parte de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad social (artículo 42.1.a) Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

<sup>19</sup> El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 da abril, que limitó el derecho de los extranjeros no comunitarios en situación irregular a recibir asistencia sanitaria gratuita en las situaciones descritas, rebajando o la protección sanitaria que el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, otorgaba a todos los extranjeros empadronados en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, ha sido respaldado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 139/2016, de 21 de julio, si bien con el voto particular discrepante de dos magistrados y una magistrada.

Las personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud español podrán acceder a la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria<sup>20</sup>.

De esta forma, todas las personas que ostenten la condición de aseguradas o beneficiarios tendrán garantizada la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, la cual se hará efectiva por las administraciones sanitarias competentes; esto es de las Comunidades Autónomas, mediante la expedición de la Tarjeta Sanitaria individual, teniendo acceso a la cartera de servicios y prestaciones sanitarias que se establece por el Sistema Nacional de Salud. Quienes no ostenten la condición de asegurados o beneficiarios, podrán acceder a la cobertura del sistema sanitario público, pero con la consideración de «pacientes privados», esto es, sin derecho a que la asistencia recibida se financie con fondos públicos, salvo los casos mencionados de suscripción de convenios especiales.

Mencionar que el artículo 16 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad prescribe que las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos, ya sea como usuarios o beneficiarios, o como pacientes privados; quiere esto decir, que el contenido de la asistencia sanitaria y la forma de acceso a la misma de aquellas personas que no tenga derecho a la prestación con cargo a fondos público, o cuando exista un tercero obligado al pago, serán los mismos que para el resto de pacientes con derecho a asistencia sanitaria financiada con recursos públicos.

### Situaciones especiales

En relación con las situaciones especiales el artículo 3 ter que el Real Decreto-ley 16/2012, añade a la Ley 16/2003, que establece que «Los extranjeros no registrados ni autorizados con residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles».

En el mismo sentido, en *ningún caso tendrán la consideración de extranjeros, no registrados, ni autorizados como residentes en España*, a los efectos previstos en el artículo 3 ter añadido a la Ley 16/2003, «los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que se encuentren en la situación de estancia inferior a tres meses regulada en el artículo 6 del Real Decreto 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» y que se refiere a los siguientes sujetos:<sup>21</sup> a) Los solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por

<sup>20</sup> Artículo 2.5 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; la Disposición Adicional 3ª 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 del Sistema Nacional de Salud; 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 y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud; la Orden SSI/1475/2014, de 29 de julio, por la que se regula, en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, el contenido y procedimiento de suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, previsto en el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio.

<sup>21</sup> Disposición Adicional 2ª.1 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto.



este motivo recibirán, mientras permanezcan en esta situación, la asistencia sanitaria necesaria que incluirá los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades. Asimismo se proporcionará la atención necesaria, médica y de otro tipo, a los solicitantes de protección internacional con necesidades particulares<sup>22</sup>. b) Las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el periodo de restablecimiento y reflexión recibirán, mientras permanezcan en esta situación, la asistencia sanitaria necesaria que incluirá los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades. Asimismo, se proporcionará la atención necesaria, médica o de otro tipo, a las víctimas de trata de seres humanos con necesidades especiales.<sup>23</sup>

### **Situación de personas sin recursos económicos suficientes en España**

En cuanto a las «*personas sin recursos económicos suficientes*» el antecedente inmediato de esta modalidad de aseguramiento lo encontramos en el artículo 80 de la Ley 14/1986, y artículo 3 ter Ley 16/2003. De este modo se establece «*que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades. De un lado, de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica*».

La norma reglamentaria condiciona el aseguramiento por este cauce al requisito de la residencia en España para nacionales españoles; a la inscripción en el Registro Oficial de Extranjeros para los nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza; y a la autorización de residencia para nacionales de terceros países. En consecuencia, la principal novedad estriba en la exigencia para los extranjeros de un requisito que, hasta ahora, no era preciso acreditar, nos referimos a estar en posesión de una autorización para residir legalmente en territorio español, y la desaparición del empadronamiento como acto administrativo esencial para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria.

Por el contrario, en la *situación anterior a la reforma* por el Real Decreto-ley 16/2012, los extranjeros que accedían al sistema sanitario español por la vía de las «*personas sin recursos económicos suficientes*», les bastaba el cumplimiento de los tres requisitos - que en realidad se limitan a uno, el empadronamiento-, previstos en el artículo 3 de la Orden de 13 de noviembre de 1989<sup>24</sup>. Así, los solicitantes de los derechos asociados a esta figura jurídica no tenían la obligación de presentar un documento expedido por un organismo oficial del Estado de procedencia que acreditase que la persona carecía de cobertura sanitaria en dicho país, lo que *de facto* permitía que dichas personas pudiesen disfrutar de la asistencia sanitaria pública a pesar de que pudiesen estar aseguradas en sus respectivos países de procedencia, con el consiguiente perjuicio económico para

España. Tampoco se les exigía la aportación de una copia de la declaración Impuesto de la Renta para las Personas Físicas a diferencia de lo que sí sucedía con los nacionales españoles que solicitaban el acceso a la asistencia sanitaria por esta misma vía.

De este modo, el riesgo de utilización de esta figura «*ser persona sin recursos económicos suficientes en España*» por parte de personas que no reunían los requisitos exigidos legalmente, bien por tener cubiertas sus prestaciones sanitarias por la Seguridad Social de sus respectivos Estados de origen, o bien por disponer dentro o fuera de España de recursos económicos suficientes parecía ser elevado, y este ha sido el principal argumento empleado por el Gobierno para endurecer el acceso a la asistencia sanitaria por estos colectivos, contando al efecto con

<sup>22</sup> Disposición Adicional 4ª del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto.

<sup>23</sup> Disposición Adicional 5ª del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto.

<sup>24</sup> Disposición derogada por 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.

el aval del Tribunal de Cuentas, que en su informe de 29 de marzo de 2012, que constató la existencia de una importante bolsa de fraude en este ámbito concreto de actuación.

### **Extranjeros en situación regular**

Es claro que el legislador en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España, hizo históricamente del empadronamiento la condición esencial para el acceso al Sistema Nacional de Salud al igual que los tribunales se hicieron eco rápidamente de la relevancia de este requisito. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Málaga de 8 de noviembre de 2004<sup>25</sup>, señalaba que el único requisito que se exige a los extranjeros que se encuentren en España para tener derecho a la asistencia sanitaria es el de estar empadronados en el municipio en que residan, sin que en el mismo se requiera ningún otro requisito adicional; si bien, la Tarjeta de Extranjero es el documento exclusivo destinado a documentar la situación de permanencia legal en España, pero ello en modo alguno implica que para tener derecho a la asistencia sanitaria sea de todo punto necesario estar en posesión de la Tarjeta de Extranjero.

En opinión CAVAS MARTÍNEZ<sup>26</sup>, «la filosofía de la parte de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, es dar la cobertura amplia a los extranjeros, tanto en la redacción de 2000 como en la acogida tras la Ley Orgánica 2/2009, que se ha limitado a dar una nueva redacción al requisito de empadronamiento (que hasta esta Ley se exigía para un trato igual a los españoles si se constataba estar inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, pasando a decir inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual y a los supuestos de asistencia sanitaria por urgencia (se sustituye a la expresión en plural asistencia de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, por asistencia de urgencia por enfermedad grave o accidente).

La situación de los extranjeros irregulares para acceder a las condiciones de ejercicio de la asistencia sanitaria tras la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, 22 de abril «no basta la justificación del empadronamiento para recibir la asistencia sanitaria, sino que el reconocimiento y alcance de la asistencia sanitaria será establecida por las normas de sanidad, y no, por tanto, por las normas reguladoras de los derechos de los extranjeros en España. Esta regulación hace de la autorización administrativa para residir en España el condicionante de acceso al derecho a la asistencia sanitaria en condiciones de normalidad o de plena inclusión en el sistema y prescinde del requisito del empadronamiento cuando se trata de supuestos especiales que podrían identificarse con razones humanitarias»<sup>27</sup>.

Esta regulación y, en especial el condicionamiento de que el acceso a la condición de asegurado se obtenga mediante el previo reconocimiento del derecho a la permanencia en España en condiciones de regularidad, ha sido cuestionada ya en sede constitucional<sup>28</sup>. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Málaga de 8 de noviembre de 2008 se pronuncia, también, sobre la posibilidad de establecer la regulación de los derechos de forma diferencial con los españoles y con los extranjeros comunitarios y señala que «...De todo ello no se concluye que el legislador no esté facultado ex artículo 13.1 Constitución Española 1978 para configurar las condiciones de ejercicio de determinados derechos por para de los extranjeros, teniendo en cuenta la diversidad de estatus jurídico que existe entre los que no gozan de la condición de

25 Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Málaga de 8 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 57884).

26 CAVAS MARTÍNEZ, F. (2010): 286.

27 PALOMAR OLMEDA, A. (2012): 71-72.

28 Sentencia Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre

españoles, como ha hecho la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre<sup>29</sup>, en relación con los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea (añadiendo un nuevo apartado al art. 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero). En concreto ya se ha avanzado, que el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma Ley establece para entrar y permanecer en territorio español. Esta opción no es constitucionalmente ilegítima, como a ha sido puesto de manifiesto por diversas decisiones de este Tribunal. Así, en la repetida Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984 de 23 de noviembre admitimos que una legislación que exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone a la Constitución»<sup>30</sup>.

El derecho del inmigrante a la protección a la salud tiene sus bases constitucionales en el artículo 13.1 «que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Es cierto que la localización del artículo 43 Constitución Española 1978 impone una delimitación legislativa ordinaria, pudiendo establecer el legislador condiciones adicionales para los sujetos o para las prestaciones de asistencia sanitaria, sin vulnerar en ningún caso el contenido esencial del derecho y o sin observar las prescripciones propias de la ley o los Tratados (artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales; Parte I, apartado 11 de la Carta Social Europea; o la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 35).

A partir de esta proyección de forma transversal del derecho a la vida sobre el derecho a la protección de la salud, afectado el primero como fundamento a distintos niveles de protección del derecho a la salud y de las prestaciones sanitarias, cabe defender en este ámbito la universalidad como idea reguladora de los derechos de protección social, entre los que se encuentra el derecho a la protección de la salud<sup>31</sup>.

El derecho de la asistencia sanitaria de los extranjeros se encuentra regulado en el artículo. 12 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. En dicho precepto se desarrolla el derecho a la protección de la salud contenido en el artículo 43 Constitución Española 1978, refiriéndose a la asistencia sanitaria prestada en el Sistema Nacional de Salud y al derecho a la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social, ya que el mismo no aparece conectado con el desempeño de una actividad laboral<sup>32</sup>. Y es por lo que la Ley Orgánica 4/2000, establece una doble configuración del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: de un lado como prestación del sistema de Seguridad Social, pensada para la población extranjera que desempeña una actividad profesional (artículo. 14 Ley Orgánica 4/2000) y de otro como medida de protección aplicable a los extranjeros en general y vinculada al Sistema Nacional de Salud (artículo 12 Ley Orgánica 4/2000).

En relación a los extranjeros extracomunitarios, la reforma sanitaria ha endurecido considerablemente los requisitos exigibles a los mismos para acceder a la asistencia sanitaria,

29 Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de, Competencia Desleal.

30 En el fundamento 4, de la Sentencia Tribunal de Justicia de Andalucía-Málaga de 8 de noviembre de 2008.

31 MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (2003): 112.

32 FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. (2013): 6-7.

de modo que en la actualidad se les reconoce la condición de asegurado o de beneficiario siempre que cuenten con la previa autorización<sup>33</sup>, según los artículos 3.2 y 3.3 de Ley 16/2003.

De este modo, desaparece del artículo 3 de la Ley 16/2003, un inciso fundamental para garantizar la igualdad en materia de salud, «las Administraciones Públicas orientaran sus acciones en materia de salud, incorporando medidas activas que impidan la discriminación a cualquier colectivo de población que, por razones culturales, lingüísticas, religiosas, sociales o de discapacidad, tenga especial dificultad para el acceso efectivo a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud». En su lugar, se ha optado por dar una nueva redacción al artículo. 3 de la Ley 16/2003, haciendo pivotar el título jurídico que da derecho a la asistencia sanitaria sobre la condición jurídica de «asegurado», y para ello el extranjero deberá encontrarse en alguno de los supuestos siguientes: 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) tener 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 y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

Para todas las situaciones que dan derecho a la condición de beneficiario igualmente han de tener residencia autorizada y efectiva en España, y si se trata de familiares no comunitarios de ciudadanos comunitarios, disponer de la tarjeta de familiar de residente comunitario.

Dicho tratamiento diferenciado no significa que la asistencia se haya desvinculado totalmente del derecho a las prestaciones de Seguridad Social, sino que la población extranjera que reside de forma legal en España y trabaja por cuenta ajena o por cuenta propia, queda encuadrada en el sistema y se beneficia de su protección como se desprende del artículo 51.3 Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 2015. Del mismo modo, cuando se trate de extranjeros que presten servicios sin autorización de trabajo y residencia, se benefician de la misma por la vía que brinda el artículo 36.5 Ley Orgánica 4/2000. Por el contrario, el reconocimiento que realiza el artículo 12 Ley Orgánica 4/2000, del derecho a la protección de la salud lo hace refiriéndose a los extranjeros sin más, remitiéndose a lo establecido por la normativa sanitaria, y por ello según el Real Decreto-ley 16/2012<sup>34</sup>.

Concretando se puede afirmar que en los casos en que el extranjero sea nacional de un país que tenga suscrito con España un convenio bilateral en materia de Seguridad Social, en cuyo ámbito de aplicación material se comprenda la asistencia sanitaria, tiene derecho a la asistencia sanitaria, en igualdad de condiciones que los españoles, sin perjuicio de los reembolsos correspondientes entre las instituciones.

El mismo tratamiento tendrán los extranjeros que con autorización para residir en España, no cumplan los requisitos anteriores (tener derecho a la asistencia sanitaria que derive de instrumentos

<sup>33</sup> El Tribunal Constitucional en su sentencia 226/2007 ya precisó que el legislador puede tomar en consideración el dato de la situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de sus derechos constitucionales. No obstante, la Defensora del Pueblo se ha planteado si son adecuados en todo caso los criterios utilizados para imponer a los extranjeros en situación administrativa irregular las limitaciones recogidas en 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 prestaciones. Así considera que se debería facilitar la atención primaria de salud esencial, la salud pública y la prevención, y el acceso a la medicación básica, pues de ese modo se obtendrían consecuencias relevantes: a) En materia de Salud Pública, habría más garantías de protección para el resto de la sociedad. b) En términos organizativos, se evitaría el colapso de los servicios de urgencias. c) En términos de eficacia económica, porque disminuiría el gato mayor que supone derivar toda la atención sanitaria a los servicios de urgencia.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

internacionales-Reglamentos de Coordinación comunitarios, acuerdos bilaterales o multilaterales de Seguridad Social-), en relación con el derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, para poder acceder al derecho a las prestaciones sanitarias, en igualdad de condiciones que los españoles, cuando no dispongan de cierto nivel de renta<sup>35</sup>.

### **Extranjeros en situación irregular**

Situación diferente concurren en relación con los extranjeros que no se encuentran en una situación regular en España.

Si antes del Real Decreto-ley 16/2012, de 22 de abril se tenía derecho a la asistencia sanitaria por «*encontrarse en España, inscrito en el correspondiente padrón municipal*», aunque no se contase con la autorización de residencia, como se expresaba en la Ley Orgánica 4/2000, con el Real Decreto-ley 16/2012, la asistencia sanitaria de los extranjeros se remite a los «*términos previstos en la legislación vigente en materia de asistencia sanitaria*». Por lo que sólo se accederá a la asistencia sanitaria cuando el órgano competente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, le reconozca la condición de «*asegurado*» o «*beneficiario de asegurado*», para lo que, entre los requisitos necesarios básicos, se precisa de la autorización de residencia. De este modo, sólo los extranjeros que tengan autorización de residencia en España pueden acceder a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Eso sí, sin perjuicio de la asistencia sanitaria en supuestos específicos y tasados que se refieren a asistencia sanitaria de urgencia, asistencia sanitaria por maternidad y menores de edad.

El Real Decreto-ley 16/2012, ha modificado los requisitos que deben acreditar los extranjeros para poder obtener asistencia sanitaria. Por tanto, en la actualidad para acceder al sistema público de salud español, en régimen de igualdad con los españoles, los extranjeros no ciudadanos de la Unión Europea y familiares y que son nacionales de Estados terceros, deberán demostrar que son residentes en España, y que tienen en vigor una autorización de residencia expedida por las autoridades españolas. Esto supone una ruptura del modelo legal existente hasta la reforma que el legislador lleva a cabo y, que reconocía el acceso a la asistencia sanitaria básica a los extranjeros sin residencia legal, pero que estuvieran empadronados en el municipio donde residían habitualmente. Y así, cumpliendo esta formalidad administrativa todos los extranjeros tenían reconocido el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, siempre que careciesen de recursos económicos suficientes. De ese modo se acercaba el modelo existente en España, al modelo de universalidad establecido en el artículo 43 Constitución Española 1978. Este cambio es la modificación más importante que se ha llevado a cabo por el Real Decreto-ley 16/2012.

De esta forma, en relación con el acceso a la asistencia sanitaria por parte de los extranjeros que se encuentran en España en situación irregular<sup>36</sup>, se dan varios supuestos entre los que se encuentran<sup>37</sup>: a) Los extranjeros que se encuentran en una situación irregular en España, pero que prestan servicios por cuenta ajena. En estos casos, la Ley Orgánica 4/2000, en su artículo 36.5, señala que la carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni es obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios

35 PANIZO ROBLES, J.A. (2013): 139.

36 Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J. (2001): 365-398.

37 El apartado 2 de la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 1192/2012, precisa que, en ningún caso, tienen la consideración de extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España a los efectos previstos en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que se encuentren en la situación de estancia inferior a tres meses regulada en el artículo 6 del Real Decreto 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.



internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación, y sin perjuicio de solicitar del empresario incumplidor el gasto de las prestaciones recibidas. b) Los extranjeros que se encuentren en situación irregular y no realicen trabajos por cuenta ajena. Esta es la situación que ha cambiado sustancialmente en relación con la anterior legislación, ya que si en la Ley Orgánica 4/2000, en el supuesto de extranjeros empadronados<sup>38</sup>, se les reconocía el derecho a las prestaciones sanitarias en las mismas condiciones que a los españoles con la legislación actual estas prestaciones sanitarias con su cartera de servicio y su catálogo de prestaciones solamente se reciben en el régimen prestacional que se completa con lo dispuesto en el artículo 3 ter Ley 16/2003, en el que se regula lo que se denomina la asistencia sanitaria en situaciones especiales. El citado precepto establece que «Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. c) En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles».

Determinadas particularidades concurren en algunos colectivos de extranjeros que se encuentran en una situación irregular y que se encuentran detallados en el artículo 3 ter Ley 16/2003, tras la modificación por el Real Decreto-ley 16/2012, y que obliga a las siguientes consideraciones como es el caso de<sup>39</sup>:

a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. Se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria como consecuencia de accidentes sean graves o no, independientemente de cualquier causa que lo origine; por el contrario, en caso de las enfermedades, para ser beneficiario de este derecho, deben ser graves. Téngase en cuenta que asistencia pública urgente no puede ser equiparada únicamente con la prestada por los servicios de urgencia de los hospitales. Supone la aplicación efectiva del artículo 15 de la Constitución Española 1978 y del artículo 28 del Convenio de Naciones Unidas sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y los miembros de sus familias que reconoce el «derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente. Esa atención médica urgente no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo». No obstante, tal como se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª de 10 de enero de 2007<sup>40</sup>, se «pretende evitar el propósito sin duda verosímil del extranjero que sabedor de que se halla en esa situación de enfermedad y conocedor de que la misma puede ser atendida por el sistema sanitario nacional accede a España con ese fin y solicita la autorización de residencia temporal por razones humanitarias alegando para ello la necesidad de ser tratado de la enfermedad que padece, sin que por ello se contradiga el precepto legal sino que simplemente pretende respetando aquél salir al paso de conductas abusivas y que se produzcan en fraude de ley». Y es que como indica el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2012, y el Tribunal de Cuentas han puesto de manifiesto que el Sistema Nacional de Salud está asumiendo, con cargo a sus presupuestos, la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta, bien por sus instituciones de seguridad social en origen, bien por esquemas de seguros privado, lo cual está erosionando enormemente su capacidad financiera e impidiendo que sus gestores puedan seguir realizando mejoras en los servicios<sup>41</sup>.

38 El padrón municipal regulado en el artículo. 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, establecía que es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo, si bien en lo que se refiere a extranjeros, el apartado 2 de su artículo 18 precisa que la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituye prueba de residencia legal en España ni le atribuye ningún derecho que no les confiera la legislación vigente.

39 VÁZQUEZ GARRANZO, J. (2010): 234-235.

40 Sentencia Tribunal Supremo sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª de 10 de enero de 2007.

41 PALOMAR OLMEDA, A. (2012): 75.

b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. El artículo 24 de la Convención sobre derechos del Niño establece el deber de los Estado parte de adoptar las medidas apropiadas para asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal prescritas a las madres. No obstante, en determinados casos tales como de rentas suficientes y no derecho a la asistencia a través de la Seguridad Social, tal asistencia puede no ser gratuita.

La asistencia sanitaria derivada de maternidad se regulaba en el Real Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, disposición derogada por Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, y en el Anexo II del Real Decreto-ley 16/2012, de 22 de abril, al igual que las atenciones y servicios específicos relativos a la mujer, la infancia, la adolescencia, la tercera edad, los grupos de riesgo y los enfermos crónicos<sup>42</sup>. De esta manera la protección sobre la maternidad comprende la atención al embarazo y puerperio en las siguientes situaciones: a) La mujer embarazada en el primer trimestre de gestación y detección de los embarazos de riesgo; b) Seguimiento del normal embarazo de manera protocolarizada y coordinada con la atención especializada; c) Educación maternal, incluyendo lactancia materna y preparación al parto; d) Visita puerperal en el primer mes del posparto para valorar el estado de la mujer y el recién nacido; y e) el embarazo ectópico y molar u otro embarazo con posible resultado abortivo.

c) De asistencia a los extranjeros menores de dieciocho años. El artículo 39.4 Constitución Española 1978 indica que *«los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos»*. El artículo 24 de la Convención sobre Derechos del Niño reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades, así como su rehabilitación, debiendo los Estados partes asegurar que ningún niño pueda ser privado de su derecho a la asistencia sanitaria. El artículo 26 de la misma Convención recoge el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que se encuentre sometido y del resto de circunstancias relacionadas a su internamiento. El artículo 10 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone que *«tiene derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residan legalmente en España»*.

De esta forma, los extranjeros menores de 18 años, recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles<sup>43</sup>.

Una situación particular concurre en el caso de los menores de edad sujetos a tutela administrativa, a los que el Real Decreto-ley 1192/2012, atribuye la condición de personas aseguradas. Se produce una diferenciación entre los menores sujetos a tutela ordinaria (que son asimilados a descendientes a efectos de reconocerles la condición de beneficiario de la persona que ejerce la tutela), y los menores sujetos a tutela administrativa, que pasan a tener la condición de asegurado, diferencia que resulta coherente, ya que difícilmente los mismos puedan ser beneficiarios de un asegurado, cuando la entidad pública de protección del menor carece de dicha condición.

#### **4. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN LOS XTRANJEROS NO COMUNITARIOS TRAS LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL**

El Real Decreto-ley 16/2012, modificó la legislación en materia de extranjería y sanidad. Una de

<sup>42</sup> Anexo II punto 6.6.3 y Anexo III punto 11 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

<sup>43</sup> PANIZO ROBLES, J.A. (2013): 142.

las medidas más importantes que estableció fue la privación del derecho de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en determinadas circunstancias.

De esta manera la condición de asegurado de los inmigrantes irregulares cambia radicalmente, ya que el Real Decreto 16/2012, con su Disposición Final Tercera modifica el artículo 12.1 de la Ley 2/2009, quedando redactado de la siguiente manera: «los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previsto en la legislación vigente en materia sanitaria». Con la categoría de asegurado que introduce el Real Decreto-ley 16/2012, se vincula expresa y directamente el derecho a la asistencia sanitaria pública con el sistema contributivo de la Seguridad Social. Se mantiene así e incluso se refuerza, la conexión entre los sistemas Nacional de Salud y Seguridad Social.

En consecuencia, para que los extranjeros puedan recibir asistencia sanitaria pública en España y ser titulares de este derecho en las mismas condiciones que los españoles, han de ser residentes con autorización de residencia en vigor y tener la condición de asegurado según los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003. De este modo, en el caso de que no concurren alguno de los supuestos previstos en ese artículo, es preciso que se acredite que su nivel de ingresos no supera anualmente la cuantía de cien mil euros y que, además, no se tiene cubierta de otra forma vía la asistencia sanitaria obligatoria.

De esta forma los extranjeros que se encuentren en situación irregular, aunque se hallen inscritos en los padrones municipales, ya no podrán ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles o extranjeros residentes, salvo en los casos especiales del artículo 3 ter de la Ley 16/2003, añadido por el Real Decreto-ley 16/2012, precepto que reproduce lo ya dispuesto en los apartados 2º, 3º y 4 del artículo 12 de la Ley Orgánica 2/2009. Así 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<sup>44</sup>».

Hay que mencionar que la ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social ha modificado el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto por el que se regula la condición de asegurado y beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a los fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, para que el reconocimiento de la condición de asegurado o beneficiario se pueda efectuar de oficio o a solicitud del interesado. Así en el supuesto de que sea el mismo extranjero, en situación legal, el que pretenda solicitar el reconocimiento de la condición de persona asegurada deberá adjuntar: el pasaporte en vigor y la tarjeta de identidad de extranjero que acredite la titularidad de una autorización para residir en España o, en caso de no tener obligación de obtener dicha tarjeta, la autorización para residir en España en la que conste el correspondiente número de identidad extranjero.

En lo relativo al extranjero que se encuentra en situación irregular, y en consecuencia, sin los citados requisitos administrativos que se han mencionado, el artículo 6.2.c) de la Ley 25/2015, se establece que se podrá aportar el certificado de empadronamiento en el municipio de residencia, por lo que se parece deducir que el simple empadronamiento volvería a dar acceso a la condición de asegurado y, por consiguiente, a la asistencia sanitaria.

<sup>44</sup> Esta es una medida para la protección de las madres extranjeras gestantes, recogida en los artículos 57.6 y 58.4 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que dispone 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 gestante.

En todo caso, la situación no llegaría a ser equiparable a la del extranjero que cuenta con las correspondientes autorizaciones administrativas de residencia<sup>45</sup>, y por tanto, se continuaría restringiendo la asistencia sanitaria del extranjero en situación irregular a la atención primaria y de urgencia; si bien es cierto, que ya se abre la asistencia sanitaria nos sólo estrictamente a las urgencias; sino también a la atención primaria.

## CONCLUSIONES

En el ámbito de los tratados de protección de derechos humanos suscritos por España, la asimetría existente entre los niveles de protección que cada sistema dispensa a la cuestión de la asistencia sanitaria dificulta la inferencia de un denominador común normativo en materia de protección sanitaria a los extranjeros indocumentados más allá de la mera asistencia médica de urgencias. Sin embargo, la falta de uniformidad no impide identificar la existencia de ciertos instrumentos internacionales que amparan el derecho a la atención sanitaria integral desde una perspectiva universal, extendiendo la misma, a los inmigrantes en condición irregular. Así el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales y la interpretación extensiva que del mismo ha desarrollado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Del mismo modo, es innegable la relevancia del asunto *International Federation of Human Rights c. France* que, en el contexto de una medida legislativa de perfiles muy parecidos a la reforma española, reconoce el derecho de los inmigrantes irregulares a la asistencia sanitaria.

Hay que tener en cuenta, que la resistencia de los países de la Unión Europea en ratificar la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, como instrumento de protección de las necesidades de

los trabajadores que están empleados en países distintos del propio, demuestra la ausencia de compromiso político sólido para garantizar un conjunto mínimo y uniforme de derechos sociales a los inmigrantes en situación irregular.

En España con la promulgación de la Constitución de 1978 se sientan las bases de un nuevo sistema como es el Sistema Nacional de Salud que tiene su fundamento legal en el artículo 43 y que posteriormente tiene su desarrollo legislativo con la Ley 14/1986, de 25 de abril. La Ley 14/1986, de 25 de abril incorpora el criterio de universalización del derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España.

Desafortunadamente, con la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, no se puede mantener la afirmación de que «el Sistema Nacional de Salud sea universal para toda la población», ya que, en España, la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos con su cartera de servicios y catálogo de prestaciones, se garantiza únicamente para aquellas personas que ostenten la condición de asegurado o beneficiario de asegurado.

No obstante, se garantiza la asistencia sanitaria a través del Sistema Nacional de Salud a las personas solicitantes de protección internacional, víctimas de trata de seres humanos. Así como, también se garantiza a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, la asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; los menores de dieciocho años residentes en España; y las mujeres extranjeras embarazadas para la asistencia al embarazo, parto y postparto.

45 RUBIO VELASCO, M.F. (2016):313-314.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CORTÉS, J. (2001): «Los beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria en la Ley de extranjería», *Relaciones Laborales*, núm. 1.

BELL, M. (2010): «Irregular Migrants: Beyond the limits of solidarity?», en ROSS, M. and BORGMANN-PREBIL, Y. (eds.) *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford University Press, Oxford.

BORRAJO DACRUZ, E. (1996): «Comentario al artículo 43 de la Constitución Española. Protección de la salud», en VVAA, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, Tomo IV.

CAVAS MARTÍNEZ, F. (2010): «Comentario al artículo 12 de la Ley de Extranjería», en la obra *Estudios y Comentarios Legislativos*, Civitas. Con cita de MALDONADO MOLINA, J.A., «El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnico-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjeros», AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares.

CHOLEWINSKI, R. (2005): *Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg.

DA LOMBA S. (2004): «Fundamental social rights for irregular migrants: the right to Health Care in France and England», en CHOLEWINSKI, R. (ed.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International perspectives*, Martinus Nijhoff, Leiden.

DE VAL TENA, A. L. (2002): «El derecho de los extranjeros a la protección de la salud», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109:

FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. (2013): «Asistencia sanitaria en inmigración irregular», *Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana, Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 67, ([www.ces.gva.es/pdf/trabajos/revista67/art1.pdf](http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/revista67/art1.pdf)), (Fecha de consulta: 15 de abril de 2015).

HERVEY, T. and KENNER, J. (eds.) (2003): *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights- A legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford.

JIMÉNEZ CAMPO, J. (1996): «Comentario al artículo 53 de la Constitución Española. Protección de los derechos fundamentales», en VVAA, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, Tomo IV

MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. (2002): "Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes", en VVAA (MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup> N., dirs.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (2003): «Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos sociales fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma pactada», *Relaciones Laborales*, núm. 8.

PALOMAR OLMEDA, A. (2012): «La asistencia sanitaria en España», en obra de PALOMAR OLMEDA, A., LARIOS RISCO, D. y VÁZQUEZ GARRANZO, J., *La Reforma Sanitaria*, Thomson Reuters Aranzadi.

PANIZO ROBLES, J.A. (2013): «El derecho a la asistencia sanitaria en España: ¿Derecho a la seguridad social o asistencia sanitaria pública?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 367.



RUBIO VELASCO, M.F. (2016): «El Derecho a la asistencia sanitaria de los Extranjeros», Retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea, Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2001): «Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 63.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. (2006): «Extranjeros y derecho a la asistencia sanitaria», ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A. (EDIT.), Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social, Tomo XVIII, Madrid, Civitas

SOBRINO GUIJARRO, I. (2013): «Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma», Revista Jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social, núm. 2/2013.

VÁZQUEZ GARRANZO, J. (2010): Tratado de extranjería, (Dir. PALOMAR OLMEDA, A.), Thomson Aranzadi, Tomo II.