

monografías

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN

**EL DERECHO A LA ASISTENCIA
SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS:
LIMITACIONES Y PROBLEMAS
COMPETENCIALES**

monografías

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia
- ANA CAÑIZARES LASO**
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- OWEN FISS**
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED
- LUIS LÓPEZ GUERRA**
Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla
- MARTA LORENTE SARIÑENA**
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia
- VÍCTOR MORENO CATENA**
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla
- ANGELIKA NUSSBERGER**
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
- TOMÁS SALA FRANCO**
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia
- RUTH ZIMMERLING**
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS: LIMITACIONES Y PROBLEMAS COMPETENCIALES

LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN



tirant lo blanch
Valencia, 2019

Copyright © 2019

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Libro financiado por el Proyecto de investigación DER2016-75993-P, España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y la Agencia Estatal de Investigación.

© Luis E. Delgado del Rincón

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFOS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-9190-876-0
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

A mi hija Teresa

Índice

Abreviaturas.....	13
Prólogo de Juan José Solozábal Echavarría	15
Presentación	21

I. INTRODUCCIÓN: LA DIMENSIÓN PRESTACIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL ART. 43 CE

II. LA EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS: DE LA LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA, AL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1. El régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros anterior al Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio	35
2. El régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros a partir de la reforma regresiva del Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.....	43
2.1. La determinación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública en el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud: la exigencia de la condición de asegurado (art. 3.1 y 2 LCCSNS).....	49
2.2. Los extranjeros procedentes de países miembros de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y Suiza (art. 3.3 LCCSNS).....	59
2.3. Los extranjeros que se encuentren en situación administrativa irregular: los casos especiales del art. 3 ter LCCSNS.....	66
2.4. La suscripción de un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria del art. 3.5 LCCSNS y su desarrollo por el Decreto 576/2013, de 26 de julio.....	71
3. El régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros a partir de la reforma ampliatoria del Decreto-ley 7/2018.....	77
3.1. La extraordinaria y urgente necesidad de la reforma sanitaria por decreto-ley para lograr una atención sanitaria universal	77

- | | |
|---|----|
| 3.2. La modificación de la determinación subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria: de la condición de asegurado a la de ciudadano residente (art. 3.1 y 2 LCCSNS)..... | 80 |
| 3.3. La extensión de la asistencia sanitaria a los extranjeros que se encuentren en España sin permiso de residencia (art. 3 ter LCCSNS)..... | 90 |

III. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR INTRODUCIDA POR EL DECRETO LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL: COMENTARIO CRÍTICO A LA STC 139/2016, DE 21 DE JULIO

- | | |
|--|-----|
| 1. La impugnación del Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, ante el Tribunal Constitucional | 99 |
| 2. El presupuesto de hecho habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad: la interpretación flexible del Tribunal Constitucional en el caso del Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril | 106 |
| 3. El Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, no infringe el límite material del art. 86.1 CE de no afectación al derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, por tratarse de un principio rector y no de un derecho subjetivo, aunque regule algunos de sus elementos esenciales | 120 |
| 4. La exclusión de la condición de asegurado a los extranjeros en situación administrativa irregular por el Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, no vulnera el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, a pesar de su conexión con algunos derechos fundamentales..... | 128 |

IV. PROBLEMAS COMPETENCIALES RESULTANTES DE LA RESTRICCIÓN SUBJETIVA DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR Y DE LA DISPAR REACCIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

- | | |
|---|-----|
| 1. Introducción: los títulos competenciales aplicables | 151 |
| 2. La diferente aplicación, desarrollo y ejecución del Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, por las Comunidades Autónomas..... | 158 |
| 2.1. Comunidades Autónomas que aplican de forma efectiva el Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril, excluyendo a los extranjeros en situación administrativa irregular de la atención primaria y especializada..... | 161 |
| 2.2. Comunidades Autónomas que no aplican de modo efectivo el Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, facilitando la asistencia sanitaria a los extranjeros sin permiso de residencia en las mismas | |

condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, siempre que cumplan determinados requisitos	173
2.3. Comunidades Autónomas que prestan la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular en determinados supuestos mediante programas sanitarios de salud pública o de acción social.....	193
2.4. Comunidades Autónomas que después de las elecciones autonómicas de 2015 amplían la asistencia sanitaria a los extranjeros sin autorización de residencia, previo cumplimiento de determinadas condiciones	213
3. La insuficiente y frustrada reacción del Gobierno de la nación de extender la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular con la finalidad de armonizar y homogeneizar la normativa de las Comunidades Autónomas	229
4. La reforma del Decreto-ley 7/2018 que homogeneiza la normativa de las Comunidades Autónomas al reconocer la atención sanitaria a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes.....	234
5. Una lectura crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre una concepción de las bases del Estado que impide a las Comunidades Autónomas ampliar la determinación subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria	239
5.1. Entre una concepción de las bases como un mínimo común uniforme susceptible de mejora por la legislación autonómica de desarrollo y otra que las configura como un máximo que limita la diversidad normativa autonómica.....	243
5.2. La normativa autonómica que amplía la legislación básica no bloquea el ejercicio de las competencias del Estado sobre la determinación subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria	250
5.3. La introducción del principio de estabilidad presupuestaria como nuevo límite a la autonomía financiera y a la capacidad de desarrollo legislativo de las bases.....	251
5.4. La competencia estatal del art. 149.1.1 CE queda absorbida por la del art. 149.1.16 CE sobre la regulación de las bases de la sanidad (las SSTC 64/2017, de 25 de mayo y 97/2017, de 20 de julio)	253
5.5. La confirmación del carácter básico, ex art. 149.1.16 CE, de la restricción del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria (la STC 63/2017, de 25 de mayo): algunas objeciones	257
5.6. La inconstitucionalidad, por vulnerar el sistema de distribución de competencias, de las normas autonómicas que amplían la asistencia sanitaria a colectivos de personas no contemplados en la legislación básica estatal (la STC 134/2017, de 16 de noviembre)	262

V. A MODO DE CONCLUSIÓN**VI. BIBLIOGRAFÍA**

1. Autores.....	291
2. Informes de organismos, instituciones y asociaciones	302

Abreviaturas

AATC:	Autos del Tribunal Constitucional
ATC:	Auto del Tribunal Constitucional
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CDN:	Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (con entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990)
CE:	Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978
CEDH:	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950
CSE:	Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961
DUDH:	Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948
EAC:	Estatuto de Autonomía de Cataluña, reformado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio
EAPV:	Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre
EEE:	Espacio Económico Europeo
FFJJ:	Fundamentos Jurídicos
FJ:	Fundamento Jurídico
INSS:	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IPREM:	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
ISM:	Instituto Social de la Marina
LCCSNS:	Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud
LGS:	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
LGSS:	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
LO:	Ley Orgánica
LODYLE:	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social
LOTIC:	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
ONG:	Organización No Gubernamental
PIDESC:	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (con entrada en vigor el 3 de enero de 1976)
RDL:	Real Decreto-Ley

SCC:	Sentencia de la Corte Constitucional italiana
SNS:	Sistema Nacional de Salud
SSTC:	Sentencias del Tribunal Constitucional
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTS:	Sentencias del Tribunal Supremo
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE:	Unión Europea

Prólogo

Pocos objetos temáticos tienen un relieve constitucional como el derecho a la salud, aunque, como ocurre en la presente monografía de Luis Esteban Delgado del Rincón, su tratamiento se concrete fundamentalmente en el estudio de los problemas de su titularidad por parte de los extranjeros en situación irregular administrativa. Por lo demás, el reconocimiento de las prestaciones a que este derecho da lugar, puede ser considerado desde un punto de vista material, teniendo en cuenta la situación al respecto del resto de los extranjeros o de los ciudadanos nacionales, o desde un punto de vista competencial, dependiendo del poder público con capacidad de intervención. En las dos vertientes de esta problemática corresponde un papel primordial al Tribunal Constitucional a cuyo control queda encomendada la verificación de la actuación regular del Estado o de las Comunidades Autónomas.

I.- Sin embargo, me atrevería a decir que la lectura de esta monografía, insisto con un objeto bien delimitado y concreto, no puede llevarse a cabo correctamente sin una reflexión de fondo sobre el tipo de derecho constitucional que se trata de considerar, el de la salud, o derecho a la asistencia sanitaria, aunque sea en una manifestación singularizada, esto es, en el caso de los extranjeros en situación irregular. Que no se trata de una cuestión baladí resulta de la demanda que algún sector está haciendo sobre la recolocación de este derecho en la Tabla de los Derechos Fundamentales, cuestión que tiene importancia política, pues se busca una mayor eficacia y protección de este derecho, considerado vital en el Estado Social, pero que suscita a su vez cuestiones capitales en la Teoría de los derechos fundamentales. Permítaseme que me detenga un momento en este planteamiento, que, si se expone correctamente, puede servir de telón de fondo a bastantes cuestiones que se suscitan en el excelente libro del profesor Delgado del Rincón.

Parece que no hay dudas sobre la fundamentalidad de los derechos sociales, y entre ellos el de la salud, en razón de su especial relación con la dignidad de la persona. La cuestión es saber si a la importancia que a los derechos sociales les da su fundamentalidad material le

corresponde un reconocimiento en la eficacia y tutela de los mismos en el derecho efectivo positivo constitucional. Sin duda, la traslación cabal al plano del derecho positivo de la fundamentalidad exigiría abandonar el actual status, hasta cierto punto ambiguo, del derecho a la salud, reconocido como principio en el art. 43 de nuestra Constitución, y afirmarlo como claro derecho en la sede de los verdaderos derechos fundamentales, esto es, el Capítulo Segundo de la Norma Fundamental.

Quienes solicitan la reubicación constitucional del derecho a la salud lo hacen con la intención indudable de reevaluarlo. Otra cuestión es si la localización del derecho debe tener lugar en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I, donde se encuentran los derechos amparables ante la jurisdicción ordinaria y sobre todo la constitucional, o en la Sección Segunda de dicho Capítulo en el mismo Título donde se acogen otros derechos y deberes.

Llevar el derecho a la salud a la Sección de los derechos amparables, judicializaría excesivamente este derecho, aunque supondría la ventaja de reservar a la ley orgánica —que tiene una indudable base consensual, al exigirse para su modificación o derogación mayoría absoluta en el Congreso— las regulaciones sobre este derecho, dificultando la rectificación regresiva a la ley y cerrando el paso al Decreto-ley en la materia. Quizás la resituación de este derecho en la Sección Segunda del Capítulo 2º del Título I es más correcta, así el derecho a la salud no resultaría directamente amparable, aunque si lo serían las denuncias de su aplicación desigual, acogiéndose a la calificación de actuación discriminatoria en este caso, vulneradora del derecho a la igualdad, que dispone la protección del amparo y que se encuentra en el artículo 14 CE. Lo que protege la inclusión en la Sección Segunda del Capítulo 2º del Título I es el contenido esencial del derecho, que impide a una ley desfigurararlo o dejarlo inservible por no servir para albergar el interés o bien jurídico correspondiente.

Sin duda esta protección, de la que no goza el derecho a la salud en la actualidad sería bien interesante. De modo que no cabría un Decreto-ley que no tuviese un sentido adjetivo o lateral (en virtud de la reserva a la ley de los derechos fundamentales de todo el Capítulo segundo —que incluye la Sección 2ª en la que se propone integrar el derecho a la salud), y además la ley que normara ese derecho no

podría vulnerar su contenido esencial, lo cual se produciría indudablemente si se alterase la titularidad propia universal de los derechos fundamentales, por ejemplo negándose a los extranjeros en situación irregular o a las personas que careciesen de la condición de asegurado y beneficiario del Sistema Nacional de Salud, o se restringiese abusivamente el ejercicio del derecho a la salud con la privación de algunas prestaciones imprescindibles sanitarias.

II.- La posición jurídica del extranjero en situación irregular respecto del derecho a la salud queda fijada por el Decreto-ley 16/2012 que modifica la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud que protegía a aquel colectivo, siempre que se tratara de extranjeros inscritos en el padrón municipal y carecieran de recursos económicos. Este Decreto-ley recibió por parte de las Comunidades Autónomas dos respuestas. Primera, la impugnación ante el Tribunal Constitucional, que resolvió el litigio mediante la Sentencia 139/2016. Y, segunda, un desarrollo y ejecución a través de diferentes normas autonómicas, de acuerdo con la competencia para desarrollar las bases según el art. 149.1.16 CE. Hay que decir que las Comunidades Autónomas reaccionaron de diferente modo en la ejecución de la normativa estatal, según la dieran cumplimiento efectivo, excluyendo a los extranjeros de la atención primaria y especializada; o bien, asegurando a este colectivo una atención pareja a la que reciben los nacionales si cumplieran determinados requisitos; o, como tercera posibilidad, les ofrecieran programas sanitarios específicos. Contra el tratamiento normativo autonómico claramente discrepante se produce la reacción impugnatoria del Gobierno Central ante el Tribunal Constitucional que resolverá los recursos en diferentes sentencias, especialmente la STC 134/2017 y posteriores, la última la 3/2018 de 22 de febrero. Las Sentencias del Tribunal Constitucional en general salvan la actuación normativa del Estado sea en el aspecto sustancial, aprobando la utilización del Decreto-ley en relación con el derecho a la salud, o en la perspectiva competencial, constriñendo la intervención autonómica del desarrollo de las bases, que no aseguran un mínimo sino que establecen, en lo que se refiere a la titularidad del derecho, un tope que el derecho comunitario autonómico debe observar.

Creo que las posiciones críticas del profesor Delgado del Rincón en relación con la jurisprudencia constitucional son bien razonables y deben considerarse con detenimiento en la medida que denuncian

una discutible disposición del Tribunal Constitucional a justificar la utilización del Decreto-ley sobre el derecho a la salud, sin duda tributaria de una insuficiente reflexión sobre el carácter cuasifundamental de este derecho; y un entendimiento expansivo de la idea de bases que, en este terreno, deja sin espacio normativo a las Comunidades Autónomas, y que confirma una orientación centralista en la doctrina constitucional, que es tan fácilmente constatable, como difícil de aceptar. Por lo demás, el autor de este libro no deja de denunciar en esta materia una pluralidad o asimetría normativa generadora de desigualdades y con una deficiente coordinación que reclama una actuación correctora inevitable.

El profesor Delgado del Rincón pone de manifiesto la soltura calificadora del Tribunal del derecho a la salud como principio que facilita el acceso del Gobierno a su tratamiento mediante el Decreto-ley, que así se liberaría cómodamente de la prohibición constitucional de afectación, mediante este tipo de normas, a los derechos constitucionales del Título I. Tampoco le parece a Delgado del Rincón suficiente el escrutinio que hace el Tribunal Constitucional en la Sentencia 139/2016 que resuelve el recurso interpuesto por Navarra, de la existencia de presupuestos habilitantes para dictar el Decreto-ley, que por otra parte, según su preámbulo asume la verificación de una reforma estructural del sistema sanitario público, modificando algunos de los elementos nucleares del mismo, como el ámbito subjetivo y objetivo del derecho protegido.

III.- Desde el punto de vista competencial, la cuestión crucial es saber si la competencia sobre las bases del Estado en sanidad (art. 149 1.16.CE) alcanza a la regulación en exclusiva del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria, o si, como ocurre con la determinación de la materia en este derecho, esto es, la fijación de las efectivas prestaciones médicas o de atención sanitaria, cabe una intervención por parte de las Comunidades en el desarrollo de lo básico.

Sin lugar a dudas el Tribunal entiende que lo que exige el concepto de bases cuando hablamos de prestaciones sanitarias, es la fijación por el derecho estatal de un mínimo común denominador que asegure una homogeneidad normativa razonable en esta materia. Pero, en cambio, cuando se trata de la determinación del ámbito subjetivo de este derecho, es decir, la fijación de quienes pueden exigirlo y quienes

no, el establecimiento de lo básico corresponde en exclusiva al Estado. Diríamos que aquí lo básico pierde toda significación principal y se equipara a una regulación concreta, aunque esencial e indefectible sobre la materia. Así las Comunidades Autónomas no pueden ampliar el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias públicas más allá de los límites establecidos en la norma básica estatal, esto es el art. 3 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

El problema, claro, es saber si esta posición del Tribunal Constitucional, STC 134/2017, fijada por la mayoría del mismo, que en la práctica equipara, por lo menos en el subsector material de la determinación del ámbito subjetivo del derecho a la salud, la legislación básica a la legislación exclusiva, respeta la autonomía de las Comunidades Autónomas en relación con una materia tan importante desde el punto de vista asistencial del Estado social, como son las prestaciones sanitarias.

Preferiríamos pensar con el autor que el Estado en la determinación de lo básico de la materia sanitaria y de la definición de los beneficiarios y de las prestaciones sanitarias no puede agotar su regulación, impidiendo a las Comunidades Autónomas la aprobación de normas de desarrollo que amplíen y mejoren el nivel mínimo fijado en las bases estatales. No parece prudente impedir que los poderes públicos autonómicos puedan adoptar políticas propias siempre que respeten el mínimo común uniforme establecido por el Estado y los principios de suficiencia financiera, estabilidad presupuestaria y solidaridad.

En Madrid, a 2 de abril de 2018

Juan José Solozábal Echavarría

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Autónoma de Madrid

Presentación

Como consecuencia del desarrollo económico y social que atraviesa España a finales del siglo XX, llegan a nuestro país extranjeros procedentes de diferentes latitudes para conseguir un empleo y mejorar las condiciones de vida que tenían en sus lugares de origen. Todos ellos contribuirán a la creación de riqueza y al crecimiento económico de la nación durante los años de bonanza, además de aportar a la sociedad de acogida experiencias, tradiciones y costumbres propias de sus culturas. Los nuevos ciudadanos pueden acceder a los derechos que les proporciona nuestro Estado de bienestar, sanidad, educación o asistencia social, entre otros. A través de ellos se facilita también su integración social. A partir del año 2008, con la aparición de la crisis económica, disminuye la entrada de inmigrantes; algunos de los que se hallaban en España retornan a sus países de origen y otros permanecen entre nosotros, adquiriendo, en algunos casos, la nacionalidad española cuando ha sido posible o, en otros, pasando a una situación de irregularidad administrativa al haber perdido el trabajo que tenían. Con el fin de paliar los efectos de la crisis, el Gobierno acudió, por regla general, a la legislación de urgencia para aprobar diversas medidas de carácter socioeconómico. Algunas de ellas se tradujeron en importantes recortes en materia de derechos sociales básicos como la educación y la sanidad, que afectaron de modo singular a colectivos desfavorecidos como el de los extranjeros sin autorización de residencia.

El presente trabajo aborda el estudio del régimen jurídico de uno de estos derechos sociales de carácter fundamental, el derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria, cuando sus titulares son los extranjeros, particularmente los que se encuentran en situación irregular. En la regulación de este derecho hay que destacar dos reformas importantes, las realizadas por dos decretos-leyes. El primero, 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, que modifica algunos preceptos de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS). Entre las normas reformadas

se encuentra el art. 3 que, al definir la condición de asegurado y beneficiario del sistema sanitario, limita la atención sanitaria pública y bonificada, salvo en casos especiales, a ciertos colectivos como el de los extranjeros sin autorización de residencia, aunque estuvieran inscritos en el padrón municipal y no dispusieran de recursos económicos. El segundo, el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, modifica también el art. 3 LCCSNS para extender la asistencia sanitaria pública a los grupos de personas que habían sido excluidos por el Decreto-ley 16/2012. Por ello, en el capítulo segundo se expone el régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros antes y después de las reformas de los Decretos-leyes 16/2012 y 7/2018, distinguiéndose el estatus de los extranjeros procedentes de países miembros de la Unión Europea y el de los extranjeros en situación irregular.

El capítulo tercero está dedicado al análisis crítico de una de las decisiones dictadas por el Tribunal Constitucional con ocasión de los diversos recursos de inconstitucionalidad que se presentan contra algunos de los preceptos del Decreto-ley 16/2012. Se trata de la STC 139/2016, de 21 de julio, en la que se examinan, de un lado y desde un punto de vista formal, la utilización del decreto-ley y la posible vulneración de algunos de los requisitos exigidos por el art. 86.1 CE: la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad y el respeto a los límites materiales impuestos para la legislación de urgencia, en particular la afectación a los derechos, deberes y libertades constitucionales y al régimen de las Comunidades Autónomas. De otro lado, se analiza, desde una perspectiva sustantiva, la posible infracción por algunos artículos del Decreto-ley 16/2012 del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, en particular del que deja fuera del sistema sanitario público a determinados colectivos como el de los extranjeros sin permiso de residencia.

El capítulo cuarto versa sobre el interesante problema competencial suscitado tras el diferente desarrollo y ejecución que las Comunidades Autónomas hacen del Decreto-ley 16/2012, aprobado al amparo de la competencia exclusiva del Estado sobre las bases de la sanidad, del art. 149.1.16 CE. En este sentido, se analizan las normas de diversa tipología y desigual contenido que han sido aprobadas por las Comunidades Autónomas para desarrollar y aplicar la legislación básica modificada. A estos efectos, se distinguen tres grupos de Comuni-

dades Autónomas: el primero está constituido por aquellas que aplicaron de forma efectiva el Decreto-ley 16/2012, excluyendo a los extranjeros en situación irregular de la atención primaria y especializada; el segundo grupo comprende las Comunidades Autónomas que no aplicaron de modo efectivo el Decreto-ley 16/2012, facilitando la asistencia sanitaria a los extranjeros sin autorización de residencia en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, siempre que cumplieran determinados requisitos y el tercer grupo abarca aquellas regiones que prestan la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular en determinados supuestos mediante programas sanitarios de salud pública o de acción social. Después de que en 2015 el Gobierno central intentase aprobar sin éxito una norma para armonizar, desde la perspectiva de la asistencia social, la diversa normativa autonómica existente; en julio de 2018 se publica el Decreto-ley 7/2018, con el objetivo de homogeneizar y de poner fin a la situación de inseguridad jurídica generada por la pluralidad de normas autonómicas.

Ante la decisión adoptada por las Comunidades Autónomas del segundo grupo de no cumplir la legislación básica (el reformado art. 3 de la Ley 16/2003) y de impugnarla ante el Tribunal Constitucional, la última parte del capítulo cuarto se dedica al examen de la cuestión de si las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de la competencia compartida de desarrollo y ejecución de las bases en materia sanitaria o de la competencia exclusiva sobre asistencia social a colectivos desfavorecidos, pueden modificar las bases ampliando y mejorando la atención sanitaria a grupos de personas excluidos por la normativa básica, como el de los extranjeros en situación irregular que reúnan determinadas condiciones (carencia de recursos económicos y de cobertura sanitaria y empadronamiento en un municipio de la Comunidad). O si, por el contrario, no pueden hacerlo al considerarse la determinación subjetiva del acceso a las prestaciones sanitarias como un elemento básico y común no susceptible, por tanto, de mejora por la legislación autonómica. Para dar respuesta a estas cuestiones se analiza la doctrina jurisprudencial que ha sido fijada, hasta el momento, por el Tribunal Constitucional sobre lo básico en la materia de la determinación subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria.

El texto de esta obra se cerró y entregó a la editorial antes de la aprobación del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, que ha modificado algunos de los artículos —que afectan a la asistencia sanitaria de los extranjeros— de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Preceptos que habían sido también reformados anteriormente por el Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Dada la relevancia de la reforma introducida por el Decreto-ley 7/2018, se ha modificado la estructura del texto original en pruebas de imprenta para incorporar las modificaciones legales introducidas por la norma de excepcionalidad, que ha sido convalidada por el Congreso de los Diputados el 6 de septiembre de 2018, en cuya sesión se acuerda también su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

El libro que aquí se presenta se realiza en el marco y con la financiación del Proyecto de Investigación I+D DER2016-75993-P, sobre “España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos”, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad para el periodo de 2016 a 2020, cuyo investigador principal es Francisco Javier Matia Portilla, catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid. Quiero expresar mi agradecimiento al profesor Matia Portilla por haberme invitado a participar en el equipo de investigación vinculado al proyecto y por haber sido el culpable de que durante los últimos años me haya dedicado al estudio del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Y es que, en el año 2010, fue precisamente el profesor Matia quien me propuso trabajar en este apasionante tema, junto a un grupo de profesores que, bajo su dirección y coordinación, nos reunimos para analizar diferentes aspectos relacionados con la integración social de los inmigrantes, con motivo de la concesión por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León del Proyecto de Investigación VA005A10-1, sobre “Integración social y ciudadana de los inmigrantes en Castilla y León”. Mi labor investigadora en el examen de algunas de las cuestiones que se abordan en el presente libro se ha desarrollado posteriormente en el marco de otros proyectos de investigación ante el surgimiento de nuevos problemas y de la aprobación de diferentes

normas jurídicas (estatales y autonómicas) y de la publicación de varias resoluciones del Tribunal Constitucional para afrontarlos. Estos proyectos han sido el I+D DER2008-00185/JURI sobre “Pluralidad de ciudadanías y participación democrática”, concedido por la Subdirección de Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Investigación para el periodo 2009-2012, dirigido también por el profesor Matia Portilla y el I+D DER2016-76392-P, sobre “Fundamentos teóricos del neoconstitucionalismo: un modelo jurídico para una sociedad global”, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad para los años 2016-2019, cuyo investigador principal es Alfonso De Julios Campuzano, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla.

Algunos de los resultados que se aportan en esta monografía se han presentado a seminarios, jornadas y congresos nacionales e internacionales, en los que he tenido la oportunidad de debatir con otros profesores y expertos en el tema, recogiendo en esta publicación —y en otras derivadas de los proyectos de investigación— algunas de las sugerencias y observaciones que me hicieron en su momento y que agradezco sinceramente. Sin ser exhaustivo, además de los seminarios y jornadas organizadas en el ámbito de los proyectos de investigación citados, quiero mencionar expresamente las ponencias presentadas en el Seminario Permanente de Profesores de Derecho Constitucional sobre problemas actuales de Derecho Constitucional, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y dirigido por los profesores Francisco Rubio Llorente y Manuel Aragón Reyes (2014 y 2018); en los Seminarios hispano-italianos sobre “La crisi economica ed i suoi riflessi sull’ordinamento costituzionale”, Scuola Superiore Sant’Anna, Universidad de Pisa (2013) y “I diritti dello straniero nell’età dell’immigrazione di massa”, Universidad LUMSA de Roma (2015); en la Jornada sobre “Los derechos de los inmigrantes”, organizada por el Aula de Derecho Parlamentario de la Universidad de Navarra (2015); en los dinámicos Cursos sobre “el análisis del Estado Autonómico”, dirigidos por los profesores Manuel Aragón Reyes y Juan José Solozábal Echavarría, celebrados en septiembre en la Residencia La Cristalera de la Universidad Autónoma de Madrid (2014, 2015, 2017); en el Congreso Internacional sobre “Derecho, Salud y Dependencia”, UNED (2017); o en el Ciclo de Seminarios Retos y desafíos del Estado español en el siglo XXI,

organizado por la Universidad Autónoma de Madrid y la Fundación Pablo Iglesias (2018), dirigido por los profesores Antonio Arroyo y Juan José Solozábal Echavarría, que ha tenido, además, la amabilidad de prologar este libro.

I. Introducción: la dimensión prestacional del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE

El art. 43.1 de la Constitución española proclama un derecho a la protección de la salud y no un derecho a la salud, como lo hace el art. 32 de la Constitución italiana¹. El empleo de esta diferente terminología no es baladí, ya que puede tener importantes repercusiones jurídicas. Según afirma BORRAJO DACRUZ, con la expresión “derecho a la protección de la salud” se alude a una posición jurídica subjetiva que atribuye a su titular la facultad de exigir a los poderes públicos aquellas prestaciones sanitarias, preventivas y curativas, que tienen por finalidad la preservación, conservación y, en su caso, la restauración de la salud. El titular de este derecho es “acreedor” de una “obligación de medios” (no “de resultados”), que han de ser facilitados por el Estado para tutelar la salud. Así, el derecho a la protección de la salud comprendería, entre otros derechos, el de exigir una tutela contra los riesgos exteriores que pongan en peligro la salud y el de reclamar al Estado la organización de unos servicios de salud a los que puedan acceder los ciudadanos².

No existe un derecho a la salud propiamente dicho, es decir, un derecho a ser curado, porque su garantía es imposible, es una “fantasía”, ninguna acción humana puede garantizar a todos la salud³. Por eso se habla de un derecho a la protección de la salud que se procurará por el Estado a través de una cobertura sanitaria, de unas

¹ Las Constituciones española e italiana, junto con la portuguesa (art. 64.1), son de los pocos textos constitucionales europeos que reconocen expresamente en su articulado el derecho a la salud o a la protección de la salud.

² Cfr. BORRAJO DACRUZ, Efrén, “Artículo 43, Protección de la salud”, en Alzaga Villamil, Óscar, (dir.). *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984, pp. 173 y 174. El autor acude a la disciplina del Derecho privado para distinguir entre obligaciones de medios y de resultado, proponiendo, según Leenen, un derecho a los cuidados médicos más que un derecho a la protección de la salud.

³ Cfr. DE LORA, Pablo, “El derecho a la protección de la salud”, *Constitución y derechos fundamentales*, (coords, J. Betegón, F.J. Laporta y otros), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 882-883, siguiendo la opinión de Onora O’Neil.

prestaciones sanitarias que se integran en un servicio público, el Sistema Nacional de Salud, cuya organización corresponde a los poderes públicos, que tendrán que disponer para ello de unos recursos económicos suficientes. El derecho de asistencia médica o de acceso a las prestaciones sanitarias ofrecidas por el Estado se corresponde con una de las dimensiones más conocidas del derecho a la protección de la salud del art. 43.1 CE, la dimensión prestacional o asistencial. Ahora bien, junto a ella existen otras dos vertientes sobre las que se proyecta también el contenido del derecho a la protección de la salud: la facultad de las personas de exigir a los poderes públicos a que desarrollen una actividad destinada a la tutela de la salud pública o colectiva⁴ y el derecho de cada persona a que su salud no sea amenazada ni dañada por acciones del Estado o de los particulares⁵.

En nuestro ordenamiento prevalece la dimensión prestacional del derecho a la protección de la salud, debido a su ubicación sistemática en el capítulo III del Título I de la Constitución. La mayoría de los preceptos de este capítulo III se refieren a acciones positivas del Estado, sin perjuicio de que contenga también algunos derechos y principios rectores que no se ajustan a la actividad prestacional del Estado. Algunos autores reconocen que aunque los apartados 1º y 2º del art. 43 CE guarden una relación entre sí, poseen una autonomía conceptual. El apartado 2º no agota todas las consecuencias que pueden derivarse del reconocimiento en el apartado 1º del derecho a la protección de la salud. No puede limitarse el contenido de este apartado 1º a un mero derecho prestacional. Sería una interpretación muy

⁴ Algunas de esas actividades de los poderes públicos tienen, incluso, reconocimiento constitucional como velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE), conservar el medio ambiente (art. 45 CE), promover el bienestar de los ciudadanos de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atienda a sus problemas específicos de salud (art. 50 CE), o proteger la salud de los consumidores (art. 51.1 CE).

⁵ Esta última dimensión, que se concreta en la obligación de todos de respetar y conservar la salud de las personas frente a perturbaciones externas, coincidiría en determinados casos con otros derechos como el derecho a la vida e integridad física y moral del art. 15 CE. Acerca de estas tres direcciones o dimensiones sobre las que se proyecta el contenido del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, *vid.*, por influencia de la doctrina italiana, PEMÁN GABÍN, Juan María, *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pp. 79-97, ampliamente seguido en la doctrina española.

limitada⁶. Estamos, pues, ante un derecho que “bajo la apariencia de un *simple* derecho social, encierra varias posiciones jurídicas de muy diversa naturaleza y estructura”⁷. Posiciones que superan la interpretación restrictiva que inicialmente se había hecho del art. 43 CE como norma programática o como principio rector subjetivado.

La mayoría de la doctrina⁸ y la jurisprudencia constitucional⁹ sostienen, en relación con la naturaleza y eficacia jurídica del art. 43 CE, que, precisamente por su ubicación sistemática en el Texto constitucional, no estamos ante un verdadero derecho fundamental, ante un auténtico derecho subjetivo, sino ante un principio rector de la política social y económica, ante una norma de acción o mandato dirigido a los poderes públicos, ante un derecho social de libre configuración legislativa con una eficacia, protección y garantías determinadas por

⁶ Cfr. PEMÁN GABÍN, Juan María, *Derecho a la salud...*, ob. cit., pp. 82 y 83. También MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 95, que distingue entre un aspecto negativo del derecho a la protección de la salud, el derecho del individuo a que el Estado se abstenga de realizar actos que puedan lesionar su salud, y un aspecto positivo, que se concretaría en la adopción por los poderes públicos de medidas destinadas a prevenir las enfermedades o a mejorar las condiciones sanitarias generales. El profesor REY MARTÍNEZ, Fernando, “Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 41, 2018, pp. 283-284, resalta la importancia de la “la atención primaria de salud”, cuya protección puede deducirse, además de “la protección genérica de la salud” del apartado primero del art. 43 CE, de “dos aspectos íntima (aunque no exclusivamente) ligados a la atención primaria, como son «las medidas preventivas» que se mencionan en el apartado segundo (la medicina preventiva) y «la educación sanitaria» de la que se habla en el tercero”. De ahí que pueda afirmarse que “la atención primaria de salud (o algunas de sus funciones principales) sí se hallan reconocidas de modo implícito o tácito en nuestro actual texto constitucional”. Compartimos la sugerencia que efectúa seguidamente el autor que si se reformase la Constitución se reconocza el derecho a la protección de la salud como “auténtico derecho fundamental [de configuración legislativa] y no ya solo, como hasta el momento, como simple principio rector, y que, además, en esa nueva redacción se incluya expresamente (y no de modo tácito como hasta ahora) la atención primaria de la salud”.

⁷ Vid. LEÓN ALONSO, Marta: *La protección constitucional de la salud*, La Ley, Madrid, 2010, p. 153. Para esta profesora, siguiendo a Robert Alexy, estamos ante un derecho de naturaleza compleja que comprende un haz de posiciones jurídicas como el derecho a la salud, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la asistencia sanitaria (pp. 157 a 163).

el art. 53.3 CE (tutela judicial ordinaria según lo que disponga la ley de desarrollo, excluido el amparo constitucional).

⁸ Cfr., entre otros, GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, en Garrido Falla, Fernando (dir.), Civitas, Madrid, 2001, p. 879, para quien el art. 43 CE reconoce un derecho subjetivo que no es de exigibilidad inmediata; se trata de una “norma de acción” que no es alegable ante los tribunales (art. 53.3 CE), entrando aquí en “el terreno de los buenos y píos deseos, de la retórica constitucional” (p. 976); GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982, p. 68; FERNÁNDEZ PASTRANA, José M^a., *El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional*. Civitas, Madrid, 1984, pp. 60 y 62; BORRAJO DACRUZ, Efrén, “Artículo 43...”, ob. cit., pp. 154 y 171; JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “Artículo 43, Protección de los derechos fundamentales”, en Alzaga Villamil, Óscar, (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, pp. 520 y ss., que afirma que el derecho a la protección de la salud “indiscernible *extra legem*”, está entre los “derechos aparentes”, ya que son “pretensiones comunitarias que la Constitución incorpora a fin de imponer o, cuando menos, de justificar determinadas políticas públicas”; TAJADURA TEJADA, Javier, “La protección de la salud (art. 43 CE)”, en J. Tajadura Tejada (dir.). *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, p. 205; REVIRIEGO PICÓN, Fernando y AGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES Jorge: “la protección de la salud en la Constitución española”, en Fernández-Coronado, A., y Pérez Álvarez, S. (dirs.), *La protección de la salud en tiempos de crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 23-24 y TENORIO SÁNCHEZ, Pedro, “Naturaleza y contenido del derecho constitucional a la protección de la salud y jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional relativa al mismo”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n^o 27, 2018, pp. 6-7. Otro sector minoritario de la doctrina, entre el que nos hallamos y cuya posición anticipamos, considera que el derecho a la protección de la salud, desde el punto de vista formalista o positivista, no es un verdadero derecho fundamental al carecer de la tutela del amparo constitucional, sino que es un derecho social de libre configuración legislativa, pero que, en determinados casos, por su estructura compleja y por su relación con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida e integridad física, puede revestir también el carácter de derecho materialmente fundamental. *Vid.*, por todos, SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan J.: “Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales”. En *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n^o 4, 2001, p. 112 (también publicado en la *Revista Vasca de Administración Pública*, n^o 58, 2000); PAREJO ALFONSO, Luciano, “Constitución, Sistema Nacional de Salud y sus formas de organización”, en Parejo Alfonso, Luciano, Lobo, Félix y Váquer, Marcos, (coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 18; MARTÍNEZ DE PISÓN, José: “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, *Derechos y libertades*, n^o 14, 2006, pp. 130 y 135-136,

El derecho a la protección de la salud, al estar situado en el Tí-

que habla de un derecho “que encierra una paradoja de difícil solución”, al ser un derecho social y también un derecho esencial; ESCOBAR ROCA, Guillermo: “Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales”. En Cascajo Castro, José Luis; Terol Becerra, Manuel; Domínguez Vila, Antonio; y Navarro Marchante, Vicente (coords.): *Derechos sociales y principios rectores*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, p. 567, “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”. En *Revista de Derecho Político*, nº 71-72, 2008, pp. 126 y ss. y “El derecho a la protección de la salud”. En Escobar Roca, Guillermo (dir.): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1073 y ss.; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de derechos fundamentales”, en Pérez Gálvez, Juan Francisco y Barranco Vela, Rafael (coords.). *Derecho y salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, pp. 104-108; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa., “Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas. (Una perspectiva constitucional y desde los compromisos internacionales asumidos por el estado español)”, *Derecho y Salud*, Vol. 24 Extraordinario, 2014, pp. 130-131; LEÓN ALONSO, Marta: *La protección constitucional de la salud...*, ob. cit., pp. 140-170 y 369; CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando: “La crisis y el derecho a la salud: un diagnóstico de tensiones y soluciones”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales, Nueva época*, vol. 19, nº. 1, 2016, p. 151; MARCOS DEL CANO, Ana M^a: “El derecho a la salud desde el punto de vista ético-jurídico”, *Ius et Scientia*, Vol. 2, nº 2, 2016, p. 23; FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana: *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España: una visión desde la doctrina del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 239; APARICIO TOVAR, Joaquín, “Derecho a la asistencia sanitaria”, en *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum ediciones, Murcia, 2016, pp. 47-48; MONERO PÉREZ, José Luis, “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”, en *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum ediciones, Murcia, 2016, pp. 838 y 844; AGUDO ZAMORA, Miguel, “La regla del diamante: diez propuestas de reforma constitucional para blindar los derechos sociales”. En Juan Cano Bueso y Rafael Escuredo Rodríguez (coords.) *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2017, pp. 110-111 y REY MARTÍNEZ, Fernando, “Protección de la salud, atención primaria...”, ob. cit., pp. 288-291, que lo define como un “derecho fundamental de configuración legislativa”, que no significa que todo su desarrollo legal “se fundamentalice y no pueda ser modificado a la baja según las condiciones de contorno”, aunque sí supondría “que cualquier reforma pueda ser examinada bajo las reglas de un escrutinio judicial más estricto”, en definitiva, que permita “un estándar judicial de control más efectivo y la creación de un núcleo de contenidos constitucional/legal del derecho más estable”.

tulo I de la Constitución, es un derecho que puede corresponder a los extranjeros, “según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”¹⁰. Ahora bien, el legislador no dispone de una libertad absoluta para configurar por medio de la ley los derechos de los extranjeros y las diferencias en su ejercicio respecto de los españoles. Ha de respetar el contenido de los derechos que ya están configurados constitucionalmente (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 3), así como guardar una adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4) y someterse al juicio de razonabilidad del Tribunal Constitucional. En definitiva, es el legislador el que fijará los requisitos y condiciones para que los extranjeros puedan acceder a los servicios y prestaciones sanitarias, respetando lo previsto en el Texto constitucional.

⁹ *Vid.* por todas, la STC 139/2016, de 21 de julio, a la que nos referiremos más adelante, y las decisiones allí citadas.

¹⁰ Cfr., entre otras, las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre (FJ 4) y 95/2000, de 10 de abril (FJ 3). En esta última decisión, se precisa, además, que “el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE) se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del art. 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes”.

II. La evolución del régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, al Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud

La normativa que regula la determinación subjetiva del derecho a la protección de la salud se ha caracterizado por ser fragmentaria y dispersa, elaborándose en la mayoría de las ocasiones a partir de situaciones concretas, sin una visión de conjunto¹¹. A esta complejidad y diversidad de normas sobre las condiciones y requisitos para acceder a la asistencia sanitaria pública por los extranjeros y sus familiares se refería ya el Tribunal Constitucional en la STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3. El Tribunal afirma que “es preciso tener en cuenta que en la resolución del caso concurrían, efectivamente, dos órdenes normativos, tanto el relativo a la asistencia sanitaria prestada por el sistema de Seguridad Social, como el referido a los derechos en esta materia de los extranjeros en nuestro país”¹².

¹¹ Así lo indica PEMÁN GAVÍN, Juan María: “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes”, *Derecho y Salud*, vol. 9, nº 2, 2001, pp. 120-121.

¹² Seguidamente el Tribunal va desgranando algunas de las normas aplicables al caso, que constatan la complejidad y diversidad normativa: “el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes. Así se desprende también de la regulación vigente a la fecha de los hechos (art. 4 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) y del actual art. 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a cuyo tenor “los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica”. En el mismo sentido cabe citar los arts. 8 y 9 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, en desarrollo de la ante-

El régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España se halla regulado, en el ámbito de la legislación sanitaria estatal¹³, en dos leyes: la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS)¹⁴. Esta última ley ha sido objeto de dos reformas importantes por los Decretos-leyes

rior Ley Orgánica de 1985, y que sustituyó al anterior Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, norma aplicable en el momento en el que el recurrente solicitó el derecho denegado. Por otra parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, declara 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 ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. Y en lo que se refiere, concretamente, a las prestaciones de asistencia sanitaria preciso es recordar que éstas se reconocen legalmente en nuestro país no sólo a los titulares directos del derecho, sino también a los familiares o asimilados de los beneficiarios que estén a cargo de aquéllos [art. 100.1 c) del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, precepto cuya vigencia ha mantenido el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que, a su vez, se aprobó el actual Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social]. De otro lado, el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se aprobaron las normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social, reconoce la condición de familiares beneficiarios, entre otros, al cónyuge y descendientes de ambos o de cualquiera de ellos. Posteriormente fue asimilada, a estos efectos, y dándose determinadas condiciones, la pareja de hecho al cónyuge, mediante Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social, de 29 de diciembre de 1984, recogida en la Circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 18 de febrero de 1985, cuya existencia y contenido sustancial figura en los hechos probados de la Sentencia impugnada”. También en la STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 8, puede verse el carácter fragmentario y disperso de la normativa que regula los requisitos y condiciones para acceder a la asistencia sanitaria pública, cuando alude al hecho de que la “la universalización del acceso a las prestaciones sanitarias sufragadas con fondos públicos, ha sido, desde la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, un objetivo a perseguir en el que no se ha llegado ni a la desvinculación absoluta con respecto a la Seguridad Social ni a un acceso incondicionado y gratuito para todos los residentes en territorio español”, citando también numerosas normas legales y reglamentarias.

¹³ Aprobada con fundamento en el art. 149.1.1, 16 y 17 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en las materias de bases y coordinación general de la sanidad y del régimen económico de la Seguridad Social.

¹⁴ A las que habría que añadir, para aquellos extranjeros que estén incluidos en el régimen de la seguridad social y que precisen asistencia sanitaria, el 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.

16/2012, de 20 de abril y 7/2018, de 27 de julio. También contiene una norma sobre el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LODYLE), aunque tras la reforma realizada por el Decreto-ley 16/2012, simplemente se remite a lo dispuesto en la legislación sanitaria vigente¹⁵.

1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS ANTERIOR AL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO

La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, disponía en su art. 4.1, de forma genérica, que “los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”. Obviamente, entre los derechos del Título I de la Constitución se encuentra el derecho de protección a la salud, del art. 43. Aunque la Ley Orgánica 7/1985 no contenía un precepto específico sobre el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros, sí lo incluirá la norma de desarrollo, el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985. Su art. 9 establecía que “los extranjeros podrán acceder a las prestaciones y servicios organizados por los poderes públicos para la protección de la salud, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica sobre la materia”.

¹⁵ Cfr. la Disposición final tercera del Decreto-ley 16/2012, que modifica el art. 12 LODYLE, cuya redacción es la siguiente: “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”. Asistimos así a un cambio en el reenvío de normas: del anterior art. 3 LCCSNS, que se remitía al art. 12 LODYLE, se pasa ahora al art. 12.1 LODYLE, que se remite al art. 3 LCCSNS. Ha de recordarse también que el anterior art. 12.1 LODYLE, atribuía el derecho a la asistencia sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros que se encontrasen en España siempre que estuviesen inscritos en el Padrón del municipio en el que residan habitualmente (o en el que tuvieran su domicilio habitual, en la redacción modificada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre).

En la legislación sectorial sanitaria había que acudir a dos leyes: a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y al Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. La primera dispone, 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”¹⁶. La segunda ley establecía, en su art. 7.1, que “estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes: a) Trabajadores por cuenta ajena (...); b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, (...); c) Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado; d) Estudiantes; e) Funcionarios públicos, civiles y militares”¹⁷.

Conforme a esta legislación, tenían derecho a la asistencia sanitaria pública los extranjeros que tuvieran su residencia legal y efectiva en el territorio nacional y estuvieran incluidos en el régimen de la Seguridad Social. Los extranjeros que no lo estuvieran podían recibir asistencia sanitaria pública, en virtud de lo previsto en el art. 2.1 del Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, que establecía que “los extranjeros tienen plenamente garan-

¹⁶ Preceptos que hoy continúan vigentes.

¹⁷ El Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994, ha sido derogado, con efectos de 2 de enero de 2016, por la disposición derogatoria única.1 del 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, que mantiene la redacción del precepto citado en los mismos términos. Asimismo, el anterior art. 38.1.a) disponía que “la acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo” (art. 42.1.a), en su redacción actual).

tizados en el territorio español, en igualdad de condiciones que los españoles, los derechos que son inherentes a las personas”, entre los cuales estaba la asistencia sanitaria a los menores, mujeres embarazadas y en casos de urgencia, de acuerdo también con normas internacionales que habían sido suscritas por el Estado español¹⁸.

Un cambio radical en el régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros fue el introducido por el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁹, que ampliaba considerablemente su ámbito subjetivo.

¹⁸ Cfr., en general, sobre el régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: ARBELÁEZ RUDAS, Mónica y GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia: “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes”. En Aja, Eliseo (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 437 y ss.; LEÓN ALONSO, Marta: *La protección constitucional de la salud...*, ob. cit., pp. 346-362; ARBELÁEZ RUDAS, Mónica: “La nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Comentarios sobre las modificaciones en la redacción del artículo 12 LODYLE”. En Boza Martínez, Diego, Donaire Villa, Francisco Javier y Moya, David (coords.): *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 109 y ss.

¹⁹ Norma que ha sido modificada ya en cuatro ocasiones desde su aprobación. Concretamente, por la LO 8/2000, de 22 de diciembre; por la LO 11/2003; de 29 de septiembre; por la LO 14/2003, de 20 de noviembre y por la LO 2/2009, de 11 de diciembre. A estas reformas ha de añadirse otra más, aunque solamente se haya modificado un artículo, pero con importantes consecuencias. Se trata de la realizada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que en su Disposición final tercera modifica el artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, relativo al derecho a la asistencia sanitaria. En estas reformas se echa de menos un alto grado de consenso entre las fuerzas políticas para su aprobación, ya que la materia de extranjería e inmigración, como ha manifestado AJA, Eliseo, “La política migratoria del Estado como marco de la actividad de las Comunidades Autónomas”, En Aja, E., Montilla, J.A. y Roig, E. (coords.): *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006, pp. 175 y 180, es preciso superar la confrontación partidista de tal modo que “las grandes líneas de la legislación de inmigración deben ser consensuadas entre los principales partidos”. Y es que la falta de consenso puede acabar en xenofobia y racismo alentado por grupos políticos extremistas, como ha podido comprobarse, durante la última década, en algunos países de Europa; donde, además, coincidiendo con momentos de crisis económica, los inmigrantes se “convierten fácilmente en chivo expiatorio del

En primer lugar, el apartado 1º del art. 12 LODYLE²⁰, atribuía el derecho a la asistencia sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros que se encontraran en España, siempre que estuviesen inscritos en el padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual²¹. Según el art. 16.2,f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), para que los extranjeros pudieran inscribirse en el padrón municipal, bastaba con que presentaran el permiso de residencia, si disponían de él, el pasaporte en vigor o el Número de Identificación de Extranjero. En consecuencia, cualquier extranjero que se encontrara en el territorio nacional, con independencia de su situación legal, podría empadronarse y, con ello, acceder a la asistencia sanitaria y a otras prestaciones de carácter social²².

paro y de la pobreza”. Cfr. También AJA, Eliseo, *Inmigración y Democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, pp. 488-493.

²⁰ Precepto que no tiene el carácter de Ley orgánica, tras la sustitución de la Disposición final 4ª de la LO 4/2000, de 11 de enero, por la Disposición final 1ª de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, modificadora de la LO 4/2000, de 11 de enero.

²¹ Según la redacción introducida por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, modificadora de la LO 4/2000, de 11 de enero, que en su redacción originaria hablaba del padrón del municipio en el que residieran habitualmente. En general sobre la exigencia de la residencia para que los extranjeros accedan a las prestaciones públicas, entre ellas la sanitaria, cfr. BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: “El requisito de “residencia” exigido a los extranjeros para el acceso a prestaciones y servicios públicos: su alcance a la luz de la doctrina del TC”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, 2015, pp. 99-110.

²² El requisito del empadronamiento municipal solucionaba algunos problemas a los Ayuntamientos como el conocer cuántas personas y en qué condiciones se encontraban en las localidades en las que vivían o el distribuir a la población por zonas para prestar los servicios de forma ordenada entre los diferentes centros (sanitarios o educativos). Sin embargo, originaba también ciertas dificultades para los inmigrantes que se encontraban en situación administrativa irregular, como el tener que cumplir y superar trámites burocráticos, a lo que había que añadir el desconocimiento del idioma. Otro inconveniente que les generaba asimismo el empadronamiento derivaba de la facultad de la Dirección General de la Policía para acceder a los datos que obraban en el padrón (arts. 16.3 y Disposición adicional séptima LRBRL) y a obtener de ellos la información que podría serle útil para controlar y, en su caso, incoar un expediente de expulsión de los extranjeros en situación irregular.

Sobre este tema, véase la STC 17/2013, de 31 de enero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento vasco, entre otras normas, contra el art. 16.3 y la Disposición adicional séptima de la LRBRL, reformadas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Para el Parlamento vasco, la

Disposición adicional séptima vulneraba el art. 18.4 CE, al permitir la utilización de los datos contenidos en el padrón para fines distintos a los que se recogieron. Consideraba también la institución autonómica que la regulación del acceso a los datos era discriminatoria para los inmigrantes en situación irregular, ya que podía dar lugar a una limitación de los derechos reconocidos en la legislación de extranjería, en particular, del derecho a la asistencia sanitaria, ya que para acceder a esta (y en parte también a la educación de sus hijos) era necesaria la previa inscripción en el padrón municipal. El Tribunal Constitucional admite la existencia de esa limitación, pero, acudiendo a la interpretación conforme, reconoce que la Disposición adicional séptima no vulnera precepto constitucional alguno (FJ 9). En primer lugar, porque la facultad de la Dirección General de la Policía para acceder, vía telemática, a los datos de inscripción en el padrón municipal (como cesionario), obedece a finalidades legítimas, “relacionadas con la ordenación de entrada y limitación de la residencia y trabajo para controlar adecuadamente los flujos migratorios y garantizar así el orden público interno...”. En segundo lugar, porque, teniendo en cuenta el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, el legislador “ha determinado quién y para qué se van a utilizar esos datos, los cuales son adecuados y necesarios para la finalidad perseguida, la gestión del sistema de control de entrada y permanencia de los extranjeros en España, a fin de evitar el fenómeno de la inmigración irregular”. Para el Tribunal, el acceso a los datos por la Administración, regulado en la disposición cuestionada, resulta también proporcionado en relación con la finalidad perseguida, ya que está rodeado de unas garantías específicas, como la de motivar expresamente tanto la atribución concreta de la condición de usuario para acceder a los datos del Padrón como los accesos concretos de que se trate (motivación expresa susceptible de control judicial), evitando así accesos masivos e indiscriminados. En lo que concierne a la exigencia legislativa de la inscripción en el Padrón como una condición para el acceso a determinadas prestaciones, el Tribunal entiende que se trata de una manifestación de la facultad que tiene para establecer (con las limitaciones previstas en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3) diferencias de trato con los españoles en lo que respecta al ejercicio de determinados derechos, entre los que se encuentra el de acceso a las prestaciones sanitarias (STS 295/2000, de 2 de abril, FJ 3). En consecuencia, “no puede considerarse que una medida establecida para la consecución de finalidades constitucionalmente legítimas produce un efecto discriminatorio, siquiera de una forma indirecta” (FJ 9).

Contra la decisión mayoritaria se formula un interesante Voto particular por el magistrado Pablo Pérez Tremps, al que se adhieren las magistradas Adela Asúa Batarrita, Encarnación Roca Trías y el magistrado Fernando Valdés Dal Ré. Comparto la tesis discrepante, que reside en la justificación de la medida limitadora y en su proporcionalidad. Se afirma que la indeterminación de la norma recurrida impide garantizar la proporcionalidad e idoneidad de la medida. En este sentido, se citan algunos ejemplos de las indeterminaciones de que adolece la norma en relación con el sujeto habilitado para el acceso, con el objeto, la forma y las garantías del acceso. Estas indeterminaciones, que no se colman

En segundo lugar, el apartado 2º del art. 12 LODYLE, otorgaba el derecho a la asistencia sanitaria pública, a los extranjeros que se encontraran en España, en los casos de “urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa”, pudiendo continuar con “dicha atención hasta la situación de alta médica”. De este modo, por la vía de urgencias podía recibir atención sanitaria cualquier ex-

con la interpretación conforme que de la disposición impugnada se realiza en la sentencia, van en detrimento de la proporcionalidad de la medida y del mandato de predeterminación de las medidas limitativas de derechos fundamentales (FJ 3). En relación con el juicio de proporcionalidad, los magistrados disidentes estiman que no se han ponderado algunos elementos esenciales que, “de haber sido tenidos en consideración o, al menos no descartados expresamente, hubieran debido llevar a la declaración de la inconstitucionalidad del precepto”. Así, la utilización de los datos del Padrón por la Dirección General de la Policía “como instrumento de control de flujos entra en abierta oposición con la finalidad del Padrón como registro administrativo que se constituye en condición para el ejercicio de derechos”. Ambas finalidades son incompatibles (FJ 4).

Coincido también con la opinión de AGUADO i CUDOLÀ, Vicenc: “Padró municipal, dret a la protecció de dades i qualitat de les lleis: la resposta del Tribunal Constitucional una dècada després”, disponible en <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapec-rcdp/2013/04/23/padro-municipal-dret-a-la-proteccio-de-dades-i-qualitat-de-les-lleis-la-resposta-del-tribunal-constitucional-una-decada-despres-vicenc-aguado>), cuando reconoce que el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales ha de acompañarse de unas garantías concretas y no meramente genéricas. No basta con la exigencia de la motivación del acto administrativo que facilite el control judicial, sino que han de incluirse unas garantías más concretas, tanto sobre las personas que pueden acceder a los datos como sobre los contenidos a los que pueden acceder.

En el informe del Observatorio de 2017. *Personas excluidas: El fracaso de la cobertura sanitaria universal en Europa*. Robert W Aldridge, Anna Miller, Bethany Jakubowski, et al., Médicos del Mundo (2017), p. 46, disponible en: <https://www.medicosdelmundo.org/actualidad-y-publicaciones/publicaciones/informe-del-observatorio-2017>, se pone de manifiesto también cómo el intercambio de información sobre extranjeros en situación administrativa irregular entre los servicios de asistencia social y de atención médica y las entidades encargadas de aplicar las leyes de inmigración está constituyendo en algunos países europeos un instrumento político en manos de los Gobiernos para reducir la inmigración, ya que a través del acceso a la información que obra en dichos servicios se puede identificar, detener y deportar más fácilmente a los extranjeros en situación administrativa irregular.

tranjero que se hallara en España, con independencia de su situación legal y aunque no estuviera empadronado²³.

En tercer lugar, los apartados 3º y 4º del art. 12 LODYLE, inspirados en la universalidad y el carácter asistencial de la atención sanitaria, reconocen el derecho a colectivos especialmente vulnerables de extranjeros que requieren una protección singular como los menores y las mujeres embarazadas que se encuentren en España, al margen de su situación legal. Se trata de normas que atienden a la protección de la salud de estos colectivos por exigencias de lo dispuesto en tratados internacionales suscritos por el Estado español. En este sentido, el art. 12.3 y 4 LODYLE concreta que los extranjeros menores de dieciocho años tendrán el derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles” y que las extranjeras embarazadas lo tendrán “durante el embarazo, parto y postparto”²⁴.

En cuarto lugar, respecto a los ciudadanos procedentes de países miembros de la Unión Europea, el art. 12 LODYLE no decía nada. Tan solo el art. 1.3 LODYLE, en la redacción efectuada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, disponía que se regirán por las normas que regulan el régimen comunitario, siéndoles de aplicación la LODYLE “en aquellos aspectos que pudieran serles más favorables”. La legislación europea²⁵ diferencia dos tipos de situaciones en las que pueden encon-

²³ Como observa PEMÁN GABÍN, Juan María: “Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro”, *Revista de Administración Pública*, nº 156, 2001, p. 134, este precepto ponía de manifiesto la existencia de un trato más favorable del legislador (no querido voluntariamente) respecto de los extranjeros que de los nacionales, pues estos solo podían recibir asistencia sanitaria en urgencias siempre que fueran beneficiarios de la atención sanitaria por algún título del régimen de cobertura pública. Lo mismo sucedía con los españoles residentes en el extranjero que se encontrasen temporalmente en España. Situación que ponía en evidencia las lagunas que presentaba el proceso de universalización de la sanidad y las imprevisiones del legislador.

²⁴ SOUVIRÓN MORENILLA, José M.: “Ámbito y alcance de los derechos sociales en España: los colectivos vulnerables”, en *Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables*, Isabel González Ríos (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 83, ya reconoce que la atención a los colectivos vulnerables en los supuestos excepcionales son soluciones propias de la “acción social pública, que es el nuevo nombre que se da a la clásica “beneficencia”.

²⁵ En la que ha de tenerse en cuenta la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos

trarse los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea a la hora de recibir asistencia sanitaria en otro país comunitario: la residencia (por más de tres meses) y la estancia (inferior a tres meses). En el primer caso, los ciudadanos europeos que tengan su residencia habitual en un Estado miembro diferente de aquel en el que estén asegurados, podrán acceder a las prestaciones sanitarias del sistema público de salud en las mismas condiciones que los nacionales del país de residencia; si bien los gastos sanitarios ocasionados correrán a cargo de su seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país. En el caso de estancias temporales o de desplazamientos por diversas razones (viajes de turismo, estudios, trabajo) a otros países comunitarios, los nacionales europeos tendrán derecho a las prestaciones sanitarias públicas, siempre que sean titulares del derecho a la asistencia sanitaria en su país de origen²⁶.

de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, cuyo art. 7 establece los requisitos que deben cumplir los ciudadanos europeos y sus familiares que deseen residir en otro Estado miembro distinto al de su origen por un periodo superior a tres meses, entre ellos, el contar con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida. Esta Directiva se traspone al Derecho español mediante el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. No obstante, su trasposición se realizó de manera incompleta, de ahí que ante la imposibilidad de garantizar el reembolso de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos, la Disposición final quinta del Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, proceda a transponer en su práctica literalidad el art. 7 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, incluyendo las condiciones para el ejercicio del derecho a la residencia por un periodo superior a tres meses. También se aprobará en su desarrollo la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 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 (art. 3).

²⁶ Ha de mencionarse aquí la creación en el Consejo Europeo de Barcelona del año 2002, a propuesta de la Comisión Europea, de la tarjeta sanitaria europea, que sustituiría progresivamente a los formularios previstos por los Reglamentos (CEE) n° 1408/71 y (CEE) n° 574/72, para poderse beneficiar de la cobertura financiera de la asistencia sanitaria durante una estancia temporal en un Estado miembro distinto del Estado de residencia. En España comenzó a utilizarse a partir del 1 de junio de 2004 (información disponible en: <http://europa.eu/rapid/>

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS A PARTIR DE LA REFORMA REGRESIVA DEL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, DE MEDIDAS URGENTES PARA GARANTIZAR LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

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 constituye un nuevo giro, abrupto y regresivo, en el régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. En su exposición de motivos, ya se dice que 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”²⁷. Con el objeto de conseguir esta finalidad, se introducen, entre otras medidas, una nueva regulación de la condición de asegurado y beneficiario para acceder a la asistencia sanitaria pública y una reestructuración de la cartera común de servicios y prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que afecta especialmente a la

press-release_IP-03-271_es.htm). Sobre las situaciones en que pueden hallarse los ciudadanos comunitarios, cfr., entre otros, PEMÁN GABÍN, Juan María: “Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (A propósito de la sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 160, 2003, pp. 124-129, que diferencia los dos supuestos mencionados de la denominada “libre circulación de pacientes”, en la que el ciudadano se desplaza a un Estado miembro distinto al de su residencia habitual con la finalidad de recibir atención médica como beneficiario del sistema sanitario público, “esto es, con cargo a su sistema público de cobertura sanitaria (...), comprometiendo recursos públicos para la financiación de dicha asistencia” (p. 127) y LEÓN ALONSO, Marta: *La protección constitucional de la salud...*, ob. cit., pp. 354-356.

²⁷ PÉREZ GÁLVEZ, Juan F., “La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”. En Juan Francisco Pérez Gálvez (dir.), Francisco Javier López Fernández, Antonia Villegas Oliva (coords.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015, p. 23, ya señalaba que la crisis económica tenía su “antesala” en una “burbuja sanitaria”, habiendo fracasado el Sistema Nacional de Salud como tal sistema, por lo que es preciso buscar un nuevo modelo sanitario (pp. 26-46).

prestación farmacéutica. Medidas que pronto fueron objeto de crítica en el ámbito académico²⁸ e incluso institucional, nacional²⁹ e inter-

²⁸ *Vid.*, en la doctrina, entre otros autores: SAGARRA I TRIAS, Eduard: “¿Puede limitarse el derecho al acceso a la sanidad pública sin debate parlamentario previo?”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º. 30, 2012, pp. 207 y ss.; APRELL LASAGABASTER, Concha, ‘El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto-ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones’, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º. 32, 2013, pp. 1 y ss.; LEMA AÑÓN, Carlos, ‘La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo?’, *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 31, 2014, pp. 3 y ss.; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “La universalización de la asistencia sanitaria...”, *ob. cit.*, pp. 104-108; “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 3, 2012, pp. 191-192 y “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2014, pp. 123-124; DELGADO DEL RINCÓN, Luis 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*, n.º 163, 2014, pp. 189 y ss. y “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes en situación administrativa irregular: la exclusión de la condición de asegurados por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”. *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes* (dir. Francisco Javier Matia Portilla; coord. Ignacio Álvarez Rodríguez), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 197 y ss.; SOBRINO GUIJARRO, Irene, “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España”. *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, n.º 2, vol. 3, 2013, pp. 127 y ss.; SOLANES CORELLA. Ángeles: “La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica”, *Derechos y Libertades*, n.º 31, 2014, pp. 127 y ss. y “Protección de la salud”, en *Los Derechos Humanos en España: un balance crítico* (Fernando Rey Martínez, dir.), Tirant lo Blanc, Valencia, 2015, pp. 341-358.; AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç y PRADO PÉREZ, Raquel, “Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del Estado del bienestar”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100, 2014, pp.87 y ss.; DÍAZ PÉREZ, Cristina, “Desigualdades en el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria”, *Derecho y Salud*, vol 25, n.º 1, 2015, pp. 96-97; PINTO PALACIOS, Fernando: “Consideraciones éticas y jurídicas acerca de la exclusión de la población inmigrante del derecho a la protección de la salud”, *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n.º 19, 2015, disponible en: <http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/403>; SANGÜESA RUIZ, Nuria, “El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja REDUR*,

nacional³⁰, por no ser conformes a mandatos contenidos en normas constitucionales e internacionales.

-
- nº 13, diciembre, 2015, pp. 13 y ss.; PICATOSTE, José, PICATOSTE, Ignacio y LÓPEZ ARRANZA, María Asunción, *Las políticas públicas de austeridad: efectos del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril en España*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2016, pp. 15 y ss.; CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando: “La crisis y el derecho a la salud...”, ob. cit., pp. 149-150 y MARCOS DEL CANO, Ana M^a, “El derecho a la salud. Perspectivas tras la crisis”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016, pp. 181-182. En la obra colectiva *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum ediciones, Murcia, 2016, varios de los autores que participan en ella son críticos también con el Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril: BENLLOCH SANZ, Pablo, “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular: situación actual y perspectivas”, pp. 164 y ss.; FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén y GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Antonio, “El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria”, pp. 203 y ss.; GUIDO MORALES, Sara, “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares”, pp. 233 y ss. y ORDÓÑEZ PASCUA, Natalia, “La asistencia sanitaria del extranjero irregular: avances y retrocesos”, pp. 268 y ss.
- ²⁹ Como, por ejemplo, las censuras contenidas en las Recomendaciones del *Informe anual 2013 del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales*, Madrid, 2013, pp. 263-266, disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2013_Informe_Anual_Vol_I_Informe_2013.pdf; en el Informe de la Red Acoge, *Los efectos de la exclusión sanitaria en las personas inmigrantes más vulnerables*, Madrid, 2015, disponible en: http://www.redacoge.org/mm/file/2015/Jur%C3%ADdico/Informe%20Sanidad%20RED_ACOGE.pdf y en los *Informes de la Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER: Radiografía de la reforma sanitaria La universalidad de la exclusión*, Madrid, 2015, disponible en: <https://reder162012.org/images/Informe2015/REDER.Radiografadelareformasanitaria.pdf> y *Cinco mitos para cinco años de exclusión sanitaria*, Madrid, 2017, disponible en: <https://reder162012.org/images/Informe2015/Abril2017/Abril2017.pdf>.
- ³⁰ Cfr., el *Informe del Comité Europeo de Derechos Sociales, del Consejo de Europa, sobre la conformidad de la legislación de los países miembros con la Carta Social Europea*, 2013: CONCLUSIONS XX-2 (2013), *European Social Charter European Committee of Social Rights (Spain)*, January, 2014, que reputaba contrarias al art. 11 de la Carta Social Europea (CSE) las medidas normativas del Decreto-ley 16/2012, disponible en: [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDcIdentifier%22:\[%22XX-2/def/ESP/11/1/EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDcIdentifier%22:[%22XX-2/def/ESP/11/1/EN%22]}). Un breve comentario sobre dichas conclusiones puede consultarse en JIMENA QUESADA, Luis: “Conclusiones XX-2 (2013) dirigidas a España (apartado RDL 16/2012, de 20 de abril, relativo al ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud)”, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Carlos Luis Alfonso Mellado, Luis Jimena Quesada y María del Carmen Salcedo Beltrán, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 297-299. Sin embar-

go, de forma sorprendente, el Comité Europeo se retractará de la posición mantenida en las Conclusiones XX-2 (2013) cuatro años más tarde, al reconocer en las Conclusiones XXI-2 del Informe de 2017 (publicadas en enero de 2018), que, en el ámbito de la aplicación personal, la situación creada tras la aprobación del Decreto-ley 16/2012 era conforme a los arts. 11 y 13 CSE, particularmente por las acciones de carácter social realizadas por las Comunidades Autónomas para garantizar la asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación irregular mayores de edad. Cfr. CONCLUSIONS XXI-2 (2017), *European Social Charter. European Committee of Social Rights (Spain), January, 2018*, disponible en: [https://budoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDIdentifier%22:\[%22XXI-2/def/ESP/13/1/EN%22\]}](https://budoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDIdentifier%22:[%22XXI-2/def/ESP/13/1/EN%22]}). Pueden verse también las *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobadas en el 48º período de sesiones del 30 de abril al 18 de mayo de 2012, tras el examen del informe presentado por España*, disponibles en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fESP%2fCO%2f6&Lang=en. En el párrafo 19, el Comité recomienda a España que “de conformidad con la Observación general N.º 14 (2000) del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas [por el Real Decreto-ley 16/2012] no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal”. También recomienda que “el Estado parte evalúe el impacto de toda propuesta de recorte en cuanto al acceso de las personas y colectivos desfavorecidos y marginados a los servicios de salud”. Criterio que reiterará años después, en las *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al sexto informe periódico de España, aprobadas en el 63º período de sesiones el 29 de marzo de 2018*, disponibles en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fESP%2fCO%2f6&Lang=en, en las que incluso el Comité insta a España a que lleve a cabo “la derogación de las disposiciones que implicaron retrocesos en la protección del derecho a la salud”, así como a que “tome las medidas necesarias para que los migrantes en situación irregular tengan acceso a todos los servicios de salud necesarios, sin discriminación alguna, de conformidad con los artículos 2 y 12 del Pacto” (párrafo 42). Igualmente son críticos con la reforma del Decreto-ley 16/2012, el *Informe de 9 de octubre de 2013, del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (CommDH(2013)18)*, elaborado tras una visita a España, del 3 al 7 de junio de 2013, sobre todo, en relación con la desatención sanitaria a los hijos menores de inmigrantes en situación irregular, disponible en: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2356738&SecMode=1&DocId=2056532&Usage=2> y el *Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia*, en su visita a España del 21 al 28 de enero de 2013, a invitación del Gobierno, párrafo 72, disponible en el portal de Naciones Unidas-Derechos Humanos-Oficina del Alto Comisionado: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/>

Como ya hemos anticipado, la Disposición final tercera del Decreto-ley 16/2012 modifica el art. 12.1 LODYLE para determinar que será “la legislación vigente en materia sanitaria” la que regule el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. En la legislación sanitaria estatal, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad no es reformada por el Decreto-ley 16/2012, en la materia que aquí concierne. Su art. 1.2 sigue reconociendo como “titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria” a “todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. Para “los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional”, el art 1.3 dispone que “tendrán garantizado el derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan”. Es la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, la que se modifica ampliamente por el Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

Para acometer la reforma sanitaria se acude por el Gobierno al instrumento legislativo del decreto-ley, siendo el Decreto-ley 16/2012 un exponente más del uso desmedido y abusivo que el Gobierno ha hecho de esta norma de excepcionalidad, sobre todo, en las últimas legislaturas³¹, con ocasión o la excusa de la crisis económica³². Creo

GEN/G13/144/78/ PDF/G1314478.pdf?OpenElement, en el que se recomienda la revisión de la reforma sanitaria adoptada (por el Decreto-ley 16/2012) en el contexto de crisis económica para garantizar el acceso a los servicios de salud a los inmigrantes con independencia de su estatus migratorio, de conformidad con lo previsto en varios instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por España (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial).

³¹ Acerca de la utilización abusiva y desviada (con datos de la práctica) del decreto-ley y sus causas, *vid.* el excelente y documentado trabajo de ARAGÓN REYES, Manuel: *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 29-53. El autor pone de manifiesto cómo el decreto-ley ha pasado de ser una norma excepcional a convertirse en una norma ordinaria, prácticamente alternativa a la legislación parlamentaria. Ello se ha debido a la debilidad de nuestra forma de gobierno parlamentaria y a la interpretación flexible que el Tribunal Constitucional ha hecho del significado de esta norma y de los requisitos previstos en el art. 86.1 CE. Otros autores que han resaltado también la utilización habitual e indiscriminada de los decretos-leyes en los últimos años han sido: MARTÍN REBOLLO, Luis: “Uso y abuso del Decreto-Ley (un análisis empírico)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*,

que las reformas de la LODYLE y de la LCCSNS, por su entidad y por la materia regulada, debieran de haberse llevado a cabo mediante un proyecto de ley del Gobierno, tramitándose en las Cortes por el procedimiento legislativo ordinario o de urgencia. Incluso, aun habiéndose elaborado el Decreto-ley por el Gobierno, las Cortes podían haberlo tramitado como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia (art. 86.3 CE). Cualquiera de estas vías hubiera dado lugar a

nº 174, 2015, pp. 23-92; CARMONA CONTRERAS, Ana M^a. “El decreto-ley en tiempos de crisis”, *Revista catalana de dret públic*, nº. 47, 2013, pp. 9-16, quien expone cómo los decretos-leyes son una “manifestación de potestad legislativa que es producto exclusivo de la voluntad mayoritaria que rige la actuación del Ejecutivo, y no del principio pluralista que compone el código genético de las asambleas representativas”; adoleciendo de un “déficit democrático” importante al quedar muy restringidas las posibilidades de control de la oposición; CARRILLO, Marc: “L’impacte de la crisi sobre els drets de l’àmbit social”. *Revista catalana de dret públic*, nº 46, 2013, pp. 56-60, que alude a una “desbocada dinámica de afrontar las medidas jurídicas contra la crisis”; HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: “La respuesta del Tribunal Constitucional a los Decretos-Leyes en materia de derechos sociales. El criticable retroceso de la jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administració Pública*, nº 109, 2017, pp. 121-125; DE LA IGLESIA CHAMORRO, Asunción: “Los Decretos-leyes autonómicos en España: una aproximación crítica”, *Osservatorio sulle fonti: (Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2013), pp. 5 y ss., que señala cómo el decreto-ley autonómico se ha convertido en algunas Comunidades Autónomas en un instrumento legislativo ordinario, desplazando incluso al Parlamento en su tarea de legislar; DONAIRE VILLA, Francisco Javier: *Las normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas: las figuras del decreto legislativo y del decreto-ley autonómicos*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2012 y GONZÁLEZ GARCÍA, Ignacio, “La trascendencia constitucional del deficiente control del decreto ley autonómico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 111, 2017, pp. 101 y ss., que aporta también datos sobre la utilización desproporcionada del decreto ley autonómico en nueve de las diecisiete Comunidades Autónomas en las que tiene reconocimiento estatutario, en las que ya se han aprobado más de doscientas decretos leyes frente a un total de ochocientas leyes autonómicas (pp. 108-109). Las tres últimas obras respecto de los decretos-leyes autonómicos. Para Italia, *vid.* el trabajo de la profesora CARTABIA, Marta: “Il governó signore delle fonti? Introduzione”. En *Gli atti normativi del governó tra Corte costituzionale e giudici*. M. Cartabia, E. Lamarque y P. Tanzarella (dirs.), Giappichelli, Turín, 2011, pp. 9 y ss. También en “Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici”, disponible en <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/10/cartabia.pdf>, para quien el uso abusivo y desproporcionado por el Gobierno del Decreto-ley constituye una alteración del equilibrio institucional que en materia de fuentes (de producción normativa) ha de existir entre el Parlamento y el Gobierno, hasta el punto de que el Gobierno se ha convertido en el “señor de las fuentes”.

un debate parlamentario más amplio y participativo sobre la reforma sanitaria realizada por el Decreto-ley 16/2012³³. Podían haberse introducido enmiendas parciales o presentar un texto alternativo, con la intervención además de las dos cámaras parlamentarias, dando la voz también a representantes que expusieran los intereses de las Comunidades Autónomas, entidades que con competencias en materia sanitaria se verán afectadas también por algunas de las medidas adoptadas en el Decreto-ley.

2.1. La determinación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública en el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud: la exigencia de la condición de asegurado (art. 3.1 y 2 LCCSNS)

El art. 3, apartado 1º LCCSNS, reformado por el art. 1.1 del Decreto-ley 16/2012, establece que “la asistencia sanitaria en España,

³² Incluyo aquí, por su interés y oportunidad, la siguiente cita literal extraída del Voto particular formulado contra la STC 134/2017, de 16 de noviembre, por los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré, Cándido Conde-Pumpido Tourón, Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada María Luisa Balaguer Callejón: “ese legislador excepcional que es el Gobierno ha colocado entre paréntesis el fatigoso pero constante proceso de construcción y consolidación en la sociedad española del Estado de Bienestar. Por este lado, la concepción del *Welfare State*, propia del constitucionalismo social más avanzado, ha sido suplantada, en aras al logro de presuntos objetivos tales como la eficiencia y la racionalización económicas, por la del *Worldfare State*” (apartado 6).

³³ De este modo, podría haberse evitado la mayoría de las setenta y tres correcciones de errores que se realizaron. Con la advertencia también de que algunas de estas correcciones no fueron meros cambios gramaticales, sino que introdujeron en la norma modificaciones de cuestiones sustanciales. Como las de las páginas “31287, artículo 2, apartado tres (apartado 5 del artículo 8 ter que se añade), tercera línea, donde dice: «... sin que se aplique ningún límite de ...», debe decir: «...sin que se aplique el mismo límite de...»”; o “31297, artículo 4, apartado trece (párrafo d) del apartado 5 del artículo 94 bis que se añade), segunda línea, donde dice: «...como pensionistas de la Seguridad Social,...», debe decir: «...como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios,...». *Vid.*, al respecto, el BOE, nº 116, de 15 de mayo de 2012, en el que se publica la *Corrección de errores 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*.

con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado”. El apartado 2º de este precepto concreta las personas que tienen la condición de “asegurado”: a) “el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta”; b) el que “ostente la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social”; c) “el preceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo”; d) quienes hayan “agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza”, se encuentren “en situación de desempleo”, no acrediten “la condición de asegurado por cualquier otro título” y residan en España³⁴.

Según estas disposiciones, para acceder a la asistencia sanitaria pública subvencionada y a las prestaciones de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud³⁵, además de tener la condición de persona, de ser nacional o extranjero residente o no (según se verá), es preciso acreditar la condición de “asegurado” y cumplir los requisitos mencionados en ellas³⁶. En suma, las personas “aseguradas” han de

³⁴ Este apartado 2.d) ha sido modificado ya en tres ocasiones, después de la reforma del Decreto-ley 16/2012: por la Disposición final 28 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, por la Disposición final 11 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre y por la Disposición final 5 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, con efectos de 1 de enero de 2016. En la redacción introducida por el Decreto-ley 16/2012, el apartado 2.d) decía lo siguiente: “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”.

³⁵ La cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, a través de la cual se presta la asistencia sanitaria pública, se regula en el art. 8 LCCSN, modificado por el art. 2.1 Decreto-ley 16/2012. La cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud comprende las siguientes carteras: “a) la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud a la que se refiere el art. 8 bis; b) la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud a la que se refiere el artículo 8 ter y c) la cartera común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud a la que se refiere el artículo 8 quáter”. Cada una de estas carteras incluye diferentes prestaciones o actividades. Estos preceptos han sido añadidos por el art. 2, apartados 2º, 3º y 4º, del Decreto-ley 16/2012. Existe también una cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas, regulada en el art. 8 quinquies LCCSNS, añadido también por el art. 2, apartado 5º del Decreto-ley 16/2012.

³⁶ De hecho, llama la atención la modificación del texto que encabeza el epígrafe del art. 3 LCCSNS. En la redacción anterior se hablaba de “titulares de los de-

estar dadas de alta en la Seguridad Social y estar al corriente del pago de las cuotas correspondientes o han de percibir prestaciones de la Seguridad Social o estar desempleadas. En otras palabras, la introducción por el Decreto-ley 16/2012 de la condición de “asegurado” vincula expresa y directamente el derecho a la asistencia sanitaria pública con el sistema contributivo de la Seguridad Social. Se mantiene, e incluso se refuerza, la conexión entre los Sistemas Nacional de Salud y de Seguridad Social.

El apartado 4º del art. 3 LCCSNS extiende la cobertura sanitaria pública a determinadas personas relacionadas con el “asegurado”. Se trata de los “beneficiarios de un asegurado”, condición a la que pueden acceder “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 veintiséis años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento”³⁷.

rechos”, reconociendo en el apartado 1º que son “titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes...”. Tras la reforma del Real Decreto-ley 16/2012, la redacción del epígrafe que encabeza el art. 3 alude a “la condición de asegurado” y no a los titulares del derecho.

³⁷ 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, que se publica en desarrollo del Decreto-ley 16/2012, concreta y amplía, en su art. 3, las personas que tienen la condición de beneficiarias de un asegurado e introduce ciertos requisitos para acceder a dicha condición. Así, la persona que conviva con el asegurado con una relación de afectividad análoga a la conyugal, ha de constituir “una pareja de hecho”; al ex cónyuge, se une la persona que esté separada judicialmente, estando “en ambos casos a cargo de la persona asegurada por tener derecho a percibir una pensión compensatoria por parte de ésta” y para los descendientes o personas asimiladas de la persona asegurada o también “de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, de su ex cónyuge a cargo o de su pareja de hecho, en ambos casos a cargo del asegurado y menor de veintiséis años o, en caso de ser mayor de dicha edad, tener una discapacidad reconocida en un grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento”. Son personas asimiladas a los descendientes: 1º “Los menores sujetos a la tutela o al acogimiento legal de una persona asegurada, de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, o de su pareja de hecho, así como de su ex cónyuge a cargo cuando, en este último caso, la tutela o el acogimiento se hubiesen producido antes del divorcio o de la nulidad matrimonial”; 2º “Las hermanas y los hermanos de la persona asegurada” (art. 3.1).

La vinculación entre el sistema sanitario público y el de la Seguridad Social conlleva que el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo se atribuya, según dispone el art. 3 bis LCCSNS, al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), estableciéndose reglamentariamente los requisitos y documentos que han de presentarse para obtener dicha condición³⁸. Una vez reconocida la condición de asegurado o de beneficiario por el INSS, 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 LCCSNS)³⁹.

En España, la Ley de 14 de diciembre de 1942, al amparo del Instituto Nacional de Previsión, implanta el Seguro Obligatorio de Enfermedad, por el que se introduce un sistema de cobertura de los riesgos sanitarios mediante una cuota vinculada al trabajo y “para todos los productores económicamente débiles” (art. 3). En nuestro país, este sistema de seguro social vinculado a cuotas cotizadas por los trabajadores se desarrolla ampliamente en un proceso paulatino de expansión económica que comienza en 1950 y que alcanza su máximo esplendor en los años sesenta y principios de los setenta. A partir de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se inicia un modelo de universalización del derecho a la protección de la salud, reconociendo la facultad de obtener las prestaciones del sistema sani-

³⁸ Véanse los arts. 5 y 6 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto.

³⁹ 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 art. 3 LCCSNS”. Autores como AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç y PRADO PÉREZ, Raquel: “Derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., pp. 97-98, cuestionan, desde un punto de vista competencial, esa centralización en el control del reconocimiento de la condición de asegurado o beneficiario, ya que dicho reconocimiento “no deja de ser una competencia ejecutiva que, como tal, habría de corresponder a las administraciones autonómicas”. Con el nuevo art. 3 bis, las administraciones autonómicas se limitan a expedir la tarjeta sanitaria según los datos que consten en el INSS. Esta previsión, como dicen estos profesores, “deja sin contenido propiamente dicho a la competencia autonómica”; de ahí que vulneren el sistema constitucional de competencias.

tario a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España, aunque, como se dice en la exposición de motivos de la Ley, por razones de la crisis económica, no se generaliza el derecho a la obtención gratuita de dichas prestaciones, sino que se programa su aplicación paulatina. De este modo, se va avanzando lentamente hacia una concepción de la salud basada, no tanto en una contraprestación sobre lo cotizado, sino en el reconocimiento de un derecho ciudadano de carácter universal. En este sentido, desde la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad hasta la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, todos los pasos han ido en esa dirección. Más aún, cuando desde los años noventa se han separado las cuentas de la sanidad de las de la Seguridad Social, siendo los impuestos generales los que sostienen y sufragan los servicios y prestaciones sanitarias.

En esta senda hacia la universalización de la sanidad pública puede destacarse, a título de ejemplo, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que en su Disposición adicional sexta extendía el derecho a la asistencia sanitaria pública, “a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico (...). La extensión prevista en este apartado será efectiva para las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio de desempleo a partir del 1 de enero de 2012”. Otro paso hacia la sanidad universal hubiese sido también, como así estaba previsto, la inclusión en el sistema sanitario público y el acceso a sus prestaciones a los trabajadores por cuenta propia, los autónomos, que hubiesen dejado de cotizar a la Seguridad Social. Sin embargo, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, interrumpe ese proceso de universalización de la sanidad, ya que, aunque habla también de sanidad “universal”, priva de algunas o de todas las prestaciones del sistema sanitario público a determinados colectivos, algunos de ellos especialmente vulnerables, como el de los extranjeros en situación administrativa irregular sin recursos. Se vuelve con ello a un modelo de cobertura sanitaria pública vinculado a la cotización de cuotas a la Seguridad Social⁴⁰.

⁴⁰ De ahí que se haya afirmado que la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, “retrotrae al sistema sanitario a un modelo de aseguramiento similar al vigente en los años setenta y principios de los ochenta; antes de la aprobación de la Ley General de Sanidad de 1986. La sanidad deja de ser

El Tribunal Constitucional, en la STC 139/2016, de 21 de julio, formula algunas reflexiones interesantes sobre el modelo de sanidad pública en España. Para el Tribunal, el acceso universal a las prestaciones sanitarias sufragadas con fondos públicos, ha sido, desde la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad “un objetivo a perseguir en el que no se ha llegado ni a la desvinculación absoluta con respecto a la Seguridad Social ni a un acceso incondicionado y gratuito para todos los residentes en territorio español”⁴¹. El art. 3.1 y 2 LCCSNS, en la redacción dada por el Decreto-ley 16/2012, supone, efectivamente, “desde la óptica del principio de universalidad”, “un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada”, incorporando como titulares de las prestaciones a colectivos a los que no alcanzaba la condición de asegurado de

pública, universal y gratuita para todos los ciudadanos y se convierte en una sanidad solo para los asegurados y la beneficencia”. Sobre la evolución del sistema de cobertura sanitaria en España, pueden verse, entre otros: PEMÁN GAVÍN, Juan María: *Derecho a la salud...*, ob. cit., pp. 128-133; “Del seguro obligatorio de enfermedad al sistema nacional de salud”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 13, 1998, pp. 61-98 y “Del seguro obligatorio de enfermedad al sistema nacional de salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX”, en Pemán Gavín, Juan María, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud; estudios jurídicos*, Comares, Granada, 2005, pp. 3-42; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La formación y la crisis de los servicios...*, ob. cit., pp. 33 y ss.; VIDA FERNÁNDEZ, José: ‘Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y cartera de servicios’ en Parejo, L., Palomar, A., Váquer, M., (Coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 39-43 y LEÓN ALONSO, Marta: *La protección constitucional de la salud...*, ob. cit., pp. 316-331

⁴¹ Cfr. la STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 8, en la que se citan también varias normas específicas sobre determinados colectivos y grupos de personas que estaban dirigidas a “la búsqueda de ese objetivo de universalización de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos”. Incluso se refiere a la citada Disposición adicional sexta de la Ley General de Salud Pública de 2011, para decir que el último inciso de la Disposición “condiciona la extensión del derecho a la inexistencia de otros títulos de reconocimiento y aun así dicha extensión no se realiza incondicionalmente en la medida en que se contempla la exigencia de las correspondientes obligaciones a aquellos terceros legalmente obligados al pago de dicha asistencia de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Sanidad, en el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social y de lo dispuesto en los reglamentos comunitarios europeos y convenios internacionales en la materia”.

la Seguridad Social. Pero, como afirma el Tribunal, “el sólo hecho del cambio de criterio del legislador” no se opone a la Constitución, ya que esta “no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto” (FJ 8). “La pretensión de universalidad acogida por el art. 43 CE”, continúa diciendo el Tribunal, “se ha articulado de acuerdo con las previsiones legales existentes en cada momento, sin que hasta el momento haya significado el derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias. La universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. Esta consecuencia no se deriva de manera inmediata de la Constitución Española, sino que ha de ser, en su caso, apreciada por el legislador atendiendo a las circunstancias concurrentes”, entre las que, para el Tribunal, “ocupan un lugar destacado las económicas” (FJ 8)⁴². En suma, no debe confundirse el derecho de acceso universal a la sanidad pública (“todos”) con el derecho de acceso gratuito o bonificado a las prestaciones sanitarias públicas, cuya gratuidad o bonificación puede ser graduada por el legislador según las circunstancias sociales y económicas que concurran en un momento determinado.

⁴² Así lo han reconocido también administrativistas como MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La formación y la crisis de los servicios...*, ob. cit., p. 7, para quien aunque el art. 43 CE contenga un mandato dirigido a los poderes públicos para que organicen y tutelen la salud pública, la Constitución, sin embargo, no establece cuál es la extensión que han de tener los servicios sanitarios (queda a la libre opción del legislador), ni impone que la asistencia sanitaria individual haya de prestarse de forma gratuita y PEMÁN GAVÍN, Juan María, “Sobre el proceso de desarrollo y aplicación de la Ley General de Sanidad: balance y perspectivas”, *Derecho y Salud*, vol. 7, nº 1, 1999, p. 32, que considera que el derecho a la asistencia sanitaria es un derecho universal en su acceso, pero ello no significa que sea un derecho gratuito.

La regulación de la condición de asegurado contenida en el art. 3.1 y 2 LCCSNS excluía del derecho a la asistencia sanitaria a ciertos colectivos de personas, como los nacionales mayores de veintiséis años que no hubiesen accedido todavía a su primer empleo. Esta situación se corregirá con el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. En él se concretan (e incluso se amplían) las personas que pueden ostentar la condición de asegurado del apartado 2º del art. 3 de la LCCSNS. Esta concreción —mediante la práctica de correcciones al art. 3.2, c) y d) LCCSNS—, se lleva a cabo por una norma reglamentaria, el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. De ahí que posteriormente se hayan efectuado algunas modificaciones en dicho precepto por disposiciones finales de normas con rango de ley como la Ley de Presupuestos Generales del Estado⁴³. Ahora bien, con ocasión de una de estas reformas, la realizada por la Disposición final 11 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014,

⁴³ El art. 2.1.a) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto decía que, “a efectos de lo dispuesto en este Real decreto, son personas que ostentan la condición de aseguradas: las que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 LCCSNS”, que son los siguientes: “3º ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, *como* la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza. 4º 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 art. 3 ter LCCSNS”. La cursiva es nuestra y comprende los términos que el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto cambia en los supuestos c) y d) del apartado 2º del art. 3 LCCSNS, en la redacción efectuada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. El art. 3.2, d) LCCSNS ha sido modificado posteriormente por la Disposición final 11 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 y por la Disposición final 5 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (con efectos de 1 de enero de 2016 y vigencia indefinida). Como han señalado AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç y PRADO PÉREZ, Raquel: “Derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., p. 95, la fijación del límite de los veintiséis años parece razonable, ya que se trata de la previsión de una edad estimada de finalización de los estudios y de incorporación al mercado de trabajo. No obstante, cada vez es mayor el retraso en incorporarse al mercado de trabajo. Al cumplir los veintiséis años los jóvenes dejan de ser beneficiarios y pasan a ser asegurados si han accedido al mercado de trabajo o si se encuentran en situación de desempleo y no acreditan la condición de asegurado por cualquier otro título.

se modifica la letra d) del apartado 2º del art. 3 LCCSNS, añadiéndose el requisito de “residir en España”, en el caso de “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”. Con dicho requisito no pueden acceder a la asistencia sanitaria pública los jóvenes españoles que se encuentren en tales situaciones y que han emigrado fuera del país por un tiempo superior a noventa días⁴⁴.

El Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, tiene también aplicación en relación con lo dispuesto en el apartado 3º del art. 3 LCCSNS, que amplía las personas (nacionales y extranjeros) que pueden acceder a la condición de asegurado, aunque no se encuentren en alguna de las situaciones previstas en los apartados anteriores del art. 3. El apartado 3º de este precepto establece, respecto de los nacionales, que “en aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española (...) podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”⁴⁵. Es, por tanto, el citado Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, el que fija, en su art. 2.1.b, la cuantía de cien mil euros, computados anualmente, como límite de ingresos que no puede superarse para poseer la condición de asegurado⁴⁶. El art. 3.3 LCCSNS es una cláusula que

⁴⁴ Por otro lado, mediante la Disposición final 5 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (con efectos de 1 de enero de 2016 y vigencia indefinida), se añade a la letra d) del apartado 2º del art. 3 LCCSNS un nuevo párrafo que dice lo siguiente: “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”.

⁴⁵ Norma reglamentaria que introduce también un añadido a lo previsto en el art. 3.3 LCCSNS para quienes tengan la nacionalidad española y es que han de “residir en territorio español” y “no tener cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía”.

⁴⁶ Es una cuantía bastante elevada, si se tiene en cuenta, como indica LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, “De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, nº 8, p. 47, que anteriormente podían acceder a la asistencia sanitaria por esta vía las personas sin recursos económicos suficientes, esto es,

constituye una excepción a la vinculación directa del sistema sanitario con la condición de cotizante-asegurado, posibilitando el acceso a la sanidad pública a quienes no sean trabajadores en activo, pensionistas o asimilados y no superen un nivel elevado de ingresos anuales.

El inciso último del art. 3.3 LCCSNS, relativo a la determinación por reglamento de las personas que pueden acceder a la condición de asegurado siempre que acrediten que no superen un determinado límite de ingresos, ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 139/2016, de 21 de julio⁴⁷. Para la parte recurrente, la identificación de las personas que ostentan la condición de asegurado y que, por tanto, tienen derecho a la asistencia sanitaria pública no puede determinarse por remisión a una norma reglamentaria. Ello es contrario a la reserva de ley del art. 43.2 CE. El Tribunal estima la queja planteada por el Parlamento de Navarra, considerando que efectivamente “el nuevo art. 3.3 de la Ley 16/2003 incurre en el vicio denunciado, pues contiene una patente deslegalización que sacrifica la reserva de ley ex art. 43.2 CE, y, por este motivo, debe ser declarado inconstitucional y nulo. La norma dispone una remisión en blanco para la determinación de un elemento, consistente en un nivel mínimo de ingresos, que constituye el núcleo esencial en torno al que se configura legalmente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias financiadas con fondos públicos para las personas que se encuentran en las situaciones contempladas en el art. 3.3 de la Ley 16/2003. Con la literalidad de la norma es imposible determinar quiénes van a tener dicha condición, dada la ausencia de criterio alguno respecto al límite de ingresos exigible. Eso deja la decisión en manos, no del legislador con la colaboración del reglamento (...) sino exclusivamente a disposición de la determinación reglamentaria del Gobierno”⁴⁸ (FJ 9). Con la declaración

aquellas personas que sus ingresos brutos no superasen la cuantía del “salario mínimo interprofesional en cómputo anual”.

⁴⁷ Sentencia que resuelve uno de los recursos de inconstitucionalidad presentados contra determinados preceptos del Decreto-ley 16/2012, concretamente el planteado por el Parlamento de Navarra.

⁴⁸ De hecho, como apunta el Tribunal, “el art. 2.1 b) del Real Decreto 1192/2012 dispone que ese límite de ingresos se sitúa en una cuantía inferior a cien mil euros en cómputo anual, sin que tampoco se justifiquen las razones de dicha opción (...), sin que se incluya ninguna regla que permita identificar quiénes podrían ostentar la condición de asegurados, lo que a su vez produce una insuficiencia

de inconstitucionalidad y nulidad de ese inciso del art. 3.3 LCCSNS⁴⁹ podrían acceder a la condición de asegurado y a la asistencia sanitaria pública española todos los nacionales y extranjeros con autorización de residencia, con independencia de su nivel de ingresos, al menos hasta que se fijara de forma razonada el límite de ingresos por ley.

2.2. Los extranjeros procedentes de países miembros de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y Suiza (art. 3.3 LCCSNS)

Los extranjeros que ostenten la condición de asegurado por encontrarse en alguno de los supuestos previstos en el art. 3.2 LCCSNS, podrán acceder a la asistencia sanitaria pública en España. El art. 3.3 LCCSNS contiene también una disposición aplicable a las personas extranjeras que no se hallaren en ninguno de los supuestos establecidos en el art. 3.2 LCCSNS. Estas podrán acceder a la condición de asegurado y a la asistencia sanitaria pública, si procediendo de “algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) o de Suiza” residen en España, o si procediendo de otros Estados son “titulares de una autorización para residir en territorio español”⁵⁰, siempre que acrediten que no tienen unos ingresos superiores a cien mil euros computados anualmente⁵¹. El Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, añadirá algunos datos más a lo dispuesto en el art. 3.3 LCCSNS para las personas extranjeras. Así, los nacionales de algún Estado miembro de la

manifiesta en el contenido mínimo exigible a la configuración legal del art. 43 CE” (FJ 9).

⁴⁹ TORTUERO PLAZA, José Luis, “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios”, en *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum ediciones, Murcia, 2016, pp. 60-61, se refiere a determinadas consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de la remisión reglamentaria y al surgimiento de posibles reclamaciones de gastos al Estado y a las Comunidades Autónomas.

⁵⁰ Sobre el requisito de la residencia para acceder a las prestaciones públicas, entre ellas la sanitaria, por los extranjeros comunitarios, cfr. BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: “El requisito de “residencia”...”, ob. cit., pp. 102 y ss.

⁵¹ Si bien, como se ha dicho, la remisión por el art. 3.3 LCCSNS al reglamento (Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto) para determinar dicha cantidad, ha sido declarada inconstitucional y nula por la STC 139/2016, de 21 de julio.

Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza han de “estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros” y los “nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas” han de ser “titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica”. Además, es necesario que no tengan cubierta de forma obligatoria la asistencia sanitaria por otra vía (art. 2.1.b), del Real Decreto 1192/2012).

Añadimos aquí a dos colectivos de extranjeros que podrán recibir también asistencia sanitaria en España, siempre que tengan autorización de permanencia o de estancia y aunque no tengan la condición de asegurados. 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, la asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, regulada en el art. 8 bis LCCSNS⁵².

A los ciudadanos procedentes de países miembros de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza, como ya hemos anticipado, les es aplicable la legislación europea que, a los efectos de recibir asistencia sanitaria, distingue las situaciones de estancia y residencia. En el caso de estancias temporales o de desplazamientos inferiores a tres meses, los nacionales europeos podrán acceder a la sanidad pública española, siempre que sean titulares del derecho a la asistencia sanitaria en su país de origen. Para beneficiarse de la cobertura financiera por la asistencia sanitaria recibida disponen de la tarjeta sanitaria europea. En el caso de la residencia, los ciudadanos europeos que residan habitualmente en España (por un periodo superior a tres meses), podrán

⁵² Véanse las Disposiciones adicionales cuarta y quinta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, tras la modificación realizada 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, al que nos referiremos más adelante.

acceder a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en las mismas condiciones que las de los nacionales. Los gastos sanitarios causados se facturarán a su entidad aseguradora o de cobertura (pública o privada)⁵³.

La Disposición adicional segunda del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, establece, a estos efectos, en su apartado 1º, que las personas que tengan derecho a la asistencia sanitaria “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”, podrán acceder a ella “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”. Asimismo, en su apartado 2º, se precisa que 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 meses⁵⁴ “en ningún caso tendrán la consideración de extranjeros no registrados

⁵³ Entre otras normas comunitarias aplicables a la materia, han de tenerse en cuenta la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que se transpone al Derecho español mediante el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, que se aplicará a los pacientes que soliciten asistencia sanitaria en un Estado miembro que no sea el de afiliación con el oportuno reembolso de los gastos, que se transpone al Derecho español por el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. En general, sobre estas y otras normas comunitarias aplicables, *vid.* ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén, “Las prestaciones sanitarias en el Derecho de la Unión Europea Derecho y salud”, *Derecho y salud*, vol. 26, nº 1, 2016, pp. 405 y ss.

⁵⁴ Estancia inferior a tres meses regulada en el art. 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.

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 supuestos especiales de atención sanitaria a los que nos referiremos más adelante).

A los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que vayan a residir por un periodo superior a tres meses, les es aplicable también el art. 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que traspone la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En este precepto, reformado por el Decreto-ley 16/2012, se exige, en su apartado 1.b), que el ciudadano europeo disponga, “para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España”⁵⁵. Seguro médico que puede ser

⁵⁵ El art. 7 Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, establece los requisitos que deben cumplir los ciudadanos europeos y sus familiares que deseen residir en el territorio del Estado español por un periodo superior a tres meses. Este precepto se modificó por el Decreto-ley 16/2012, ya que como se dice en su exposición de motivos, no había transpuesto el art. 7 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, en sus términos literales, “lo que originaba un grave perjuicio económico para España, especialmente en cuanto a la imposibilidad de garantizar los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos”. El Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, en su Disposición final segunda, ha modificado también el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, introduciendo un nuevo art. 9 bis, sobre el mantenimiento del derecho de residencia, para reconocer, entre otras consideraciones, que los ciudadanos europeos y los miembros de sus familias “gozarán del derecho de residencia establecido en los arts. 7, 8 y 9 mientras cumplan las condiciones en ellos previstas” y que “el recurso a la asistencia social en España” de un ciudadano europeo o de un miembro de su familia “no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión”. Asimismo ha de tenerse en cuenta la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del art. 7 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

cubierto por las instituciones de la seguridad social de sus Estados de origen o por entidades privadas.

Una de las razones que se invoca en la exposición de motivos del Decreto-ley 16/2012 para llevar a cabo la reforma sanitaria son las recomendaciones que el Tribunal de Cuentas ha dirigido al Gobierno en sus informes: “a la vista de los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, resulta imprescindible regular, sin más demora, la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud (...). El Tribunal de Cuentas ha 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 privados, lo cual está erosionando enormemente su capacidad financiera”. El informe al que hace referencia el legislador de urgencia en el preámbulo del Decreto-ley 16/2012 es el Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social⁵⁶. En él se abordan varios problemas relacionados con la gestión de las prestaciones sanitarias servidas por España a nacionales de Estados miembros.

Por un lado, el Tribunal pone de manifiesto la existencia de problemas relativos a la gestión de la facturación de las prestaciones de asistencia sanitaria, sobre todo de la facturación emitida por España,

Económico Europeo, particularmente el art. 3, que regula la documentación que ha de aportarse para inscribirse en el Registro Central de Extranjeros, entre la que se encuentra, para los ciudadanos que sean económicamente inactivos, esto es, los que “no ejerzan una actividad laboral en España”, un “seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país, siempre que proporcione una cobertura en España durante su período de residencia equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud. Se entenderá, en todo caso, que los pensionistas cumplen con esta condición si acreditan, mediante la certificación correspondiente, que tienen derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Estado por el que perciben su pensión”.

⁵⁶ Aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en su sesión de 29 de marzo de 2012 y por la Resolución de 18 de diciembre de 2012, de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas (BOE de 25 de marzo de 2013).

a través del INSS, por la asistencia sanitaria a ciudadanos de Estados miembros desplazados temporal o permanentemente en el territorio español (facturas no enviadas, impagadas o pendientes de cobro, falta de seguimiento y control de facturas devueltas o rechazadas, problemas de información y coordinación entre las Comunidades Autónomas y el INSS...) ⁵⁷.

De otro lado, el Tribunal de Cuentas se refiere al problema de la asistencia sanitaria prestada en España a “personas extranjeras sin recursos económicos suficientes”. El Tribunal ha detectado algunos casos fraudulentos en torno a la utilización de esta figura: nacionales comunitarios que estando asegurados en sus respectivos Estados y siendo titulares de una Tarjeta Sanitaria Europea, han obtenido también la tarjeta sanitaria individual española a través de la figura de «persona sin recursos económicos suficientes» (que conlleva la gratuidad de las prestaciones sanitarias en España); o personas de otras nacionalidades

⁵⁷ El Tribunal de Cuentas, entre otras recomendaciones, encomienda al Ministerio de Empleo y Seguridad Social que dicte “las normas oportunas para que el Instituto Nacional de la Seguridad Social asuma la gestión de toda la facturación recibida de los organismos de enlace extranjeros”. Se ha utilizado el término de “turismo sanitario” para describir algunas situaciones que han afectado al Sistema Nacional de Salud y que el Tribunal de Cuentas pone también de manifiesto. APRELL LASAGABASTER, Concha, ‘El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros...’ ob. cit., pp. 5-6, alude a este fenómeno para referirse a casos de “extranjeros comunitarios, —muchos de ellos jubilados que pasan grandes temporadas en España— que disfrutaban de la tarjeta sanitaria española y de las prestaciones sanitarias, sin que el Estado español recibiera contraprestación económica alguna”, entre otros motivos, por los problemas que indica el Tribunal de Cuentas en su informe. Esta autora considera que el término “turismo sanitario” puede entenderse asimismo en su sentido más literal, ya que también se daba la circunstancia de que ciudadanos comunitarios acudían a España “a pasar temporadas con el único objetivo de ser atendidos por la sanidad pública española”. En este sentido, el Tribunal de Cuentas menciona también casos en que, “dada la cercanía territorial, España sirva prestaciones de asistencia sanitaria a las personas protegidas por la Seguridad Social de Portugal y Francia que se trasladan a España para acceder a los centros, servicios y establecimientos sanitarios españoles, lo que desnaturaliza el objetivo que se persigue con el uso de la Tarjeta Sanitaria Europea, que debe tener sólo una utilización coyuntural”. Vid., sobre este tema, CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “Los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza: La Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo”, en Pérez Gálvez, Juan Francisco y Barranco Vela, Rafael (coords.), *Derecho y salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, pp. 110 y ss.

sin recursos económicos suficientes que han obtenido indebidamente una Tarjeta Sanitaria Europea emitida por España y que pueden recibir asistencia sanitaria en cualquier país del Espacio Económico Europeo y en Suiza durante un periodo de dos años. El Tribunal de Cuentas recomienda al Ministerio de Empleo y Seguridad Social que “adopte las medidas legales oportunas para evitar que se produzca el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en España, a través de la condición de «persona sin recursos económicos suficientes», a personas que están protegidas por la Seguridad Social de sus Estados de origen (...) o que sí disponen de recursos económicos suficientes fuera de España, mediante la exigencia de las correspondientes certificaciones emitidas por sus Estados de origen. Asimismo, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social debería estudiar si resulta razonable que se reconozca, por las entidades españolas la condición de «persona sin recursos económicos suficientes», a personas protegidas por la Seguridad Social de los Estados que pertenecen al ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios y, en su caso, promover los cambios necesarios tanto en la normativa nacional como en la normativa comunitaria”⁵⁸.

Son todos ellos problemas que, por motivos de abuso o de fraude, suponían un gasto importante con cargo a la sanidad pública espa-

⁵⁸ Como indica SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria: efectividad de las garantías internacionales en los órganos judiciales”, *Democrazia e Sicurezza*, nº 3, 2015, disponible en <http://www.democraziaesicurezza.it/Rivista>, pp. 38-41, las recomendaciones del Tribunal de Cuentas al Gobierno iban dirigidas fundamentalmente a la mejora de la gestión y control de la facturación para evitar los problemas aludidos, pero no a que con las medidas introducidas por el Decreto-ley 16/2012, particularmente con la regulación de la condición de asegurado, se privara de la atención sanitaria a un colectivo especialmente vulnerable y sin recursos económicos como el de los extranjeros en situación irregular. Estos, al modificarse la letra d) del art. 3.2 LCCSNS, que introduce el requisito de la residencia no podrán acceder a la condición de asegurado ni, por tanto, a la asistencia sanitaria pública en España. De ahí que esta autora hable incluso de “tergiversación” por el Gobierno del contenido del informe del Tribunal de Cuentas (p. 38). En sentido similar se pronuncian AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç y PRADO PÉREZ, Raquel: “Derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., pp. 91-92, quienes afirman que “la reforma va dirigida a la exclusión de determinados colectivos que no siempre se corresponden con aquellos a los que hace referencia el Informe del Tribunal de Cuentas”; SAGARRA I TRIAS, Eduard: “¿Puede limitarse el derecho al acceso...”, ob. cit., pp. 213 y 216 y LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, “De ciudadano a asegurado...”, ob. cit., pp. 48-49.

ñola, cuya solución había de acometerse cuanto antes mediante la adopción de medidas urgentes y efectivas⁵⁹.

Recapitulando, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 LCCSNS, para que los extranjeros comunitarios o de terceros países puedan recibir asistencia sanitaria pública en nuestro país en las mismas condiciones que los españoles, han de ser residentes (con autorización de residencia vigente) y tener la condición de asegurado por estar incluidos en alguno de los supuestos previstos en el art. 3.2 LCCSNS. Si no estuviesen comprendidos en alguno de estos supuestos, podrían recibir también la asistencia sanitaria pública si no tuvieren unos ingresos superiores a cien mil euros⁶⁰, fuesen residentes y no tuvieran cubierta de forma obligatoria la asistencia sanitaria por otra vía. Para lo que hay que tener en cuenta también lo previsto y exigido en las disposiciones de la legislación comunitaria o de los convenios bilaterales suscritos por España.

2.3. Los extranjeros que se encuentren en situación administrativa irregular: los casos especiales del art. 3 ter LCCSNS

Los extranjeros que se hallen en situación administrativa irregular, aunque estén empadronados, ya no podrán acceder a la asistencia sanitaria pública en las mismas condiciones que los españoles o de los extranjeros residentes, salvo en los supuestos especiales del art. 3 ter LCCSNS, añadido por el art. 1.3 del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. El art. 3 ter LCCSNS reproduce lo que establecía el anterior art. 12, apartados 2º, 3º y 4º LODYLE, modificado por la Disposición final 3 del Decreto-ley 16/2012⁶¹. Dice el art. 3 ter LCCSNS que “los

⁵⁹ SAGARRA I TRIAS, Eduard: “¿Puede limitarse el derecho al acceso...”, ob. cit., p. 213, menciona también como supuestos de turismo sanitario que había que erradicar los de aquellas personas que pueden recibir la atención de la sanidad pública española por ser familiares de quienes han adquirido la nacionalidad española (por opción, por residencia, por carta de naturaleza) y que, sin embargo, hoy en día ya no residen en España, al haber regresado a sus países de origen.

⁶⁰ Con el recordatorio de que la remisión que hace el art. 3.3 LCCSNS al reglamento para determinar esa cantidad ha sido declarada inconstitucional y nula por la STC 139/2016, de 21 de julio.

⁶¹ Mediante esta reforma legal, que restringe el derecho de asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular por motivos económicos, España se une a una larga lista de países europeos que ya les habían limitado ese derecho. El Comité

Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa cita, entre otros países, a Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Reino Unido, Alemania o Grecia, Bulgaria, República Checa, Lituania, Letonia y Macedonia. De estos países, es discutible que algunos de ellos hayan adoptado esas medidas restrictivas por razones exclusivamente económicas (Alemania, Reino Unido o los países escandinavos). Cfr. el documento CONCLUSIONS XX-2 (2013), *European Social Charter European Committee of Social...*, ob. cit.

Sobre la regulación del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular en algunos países miembros de la Unión Europea y los supuestos mínimos en que se reconoce, como consecuencia de los tratados internacionales que sobre derechos del hombre han sido suscritos por los Estados, *vid.* los interesantes y sistemáticos documentos elaborados por la Agencia de Derechos fundamentales de la Unión Europea, *L'accès aux soins de santé des migrants en situation irrégulière dans 10 États membres de l'Union Européenne*, FRA-Agence des droit fondamentaux de l'Union européenne, Luxembourg, 2012, pp. 1-72, disponible en: <http://fra.europa.eu/fr/publication/2012/laccs-aux-soins-de-sant-des-migrants-en-situation-irreguliere-dans-10-tats-membres-de> y *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne. Rapport comparatif*, "Soins de santé", FRA-Agence des droit fondamentaux de l'Union européenne, Luxembourg, 2012, pp. 81-95, disponible en: <http://fra.europa.eu/fr/publication/2012/les-droits-fondamentaux-des-migrants-en-situation-irreguliere-dans-lunion-europenne>. Aunque hay que actualizar la información disponible para algunos países, según los niveles de atención sanitaria que se establecen, puede constatarse cómo España dispensa a los extranjeros sin permiso de residencia unos cuidados sanitarios mucho más amplios que otros países de la Unión Europea, que todavía serán mayores con la reforma del art. 3 ter por el Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. En los documentos referidos se distinguen los siguientes niveles de atención sanitaria pública subvencionada o no a los extranjeros en situación irregular: asistencia en urgencia, servicios médicos primarios (medicina general y tratamiento ambulatorio o de proximidad) y servicios médicos secundarios (medicina especializada y tratamiento en hospital de día). También se establece una clasificación de la atención sanitaria por grupos específicos de inmigrantes: refugiados o personas en tránsito, menores, mujeres embarazadas y madres, personas con enfermedades mentales y crónicas.

Recientemente, se ha publicado por la organización Médicos del Mundo un actualizado y exhaustivo informe del *Observatorio de 2017. Personas excluidas...*, ob. cit., pp. 13 a 15. En él se facilita información sobre algunos de los cambios legislativos que introducen limitaciones en el acceso a la atención sanitaria, durante los años 2016 y 2017, en países como Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Suecia y Reino Unido. Sobre Italia, pueden verse también algunas consideraciones breves en los trabajos de VRENN, Massimiliano: "El derecho a la protección de la salud de los extranjeros en situación irregular: notas sobre la reciente jurisprudencia italiana", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º. 30, 2012, pp. 224 y ss. y GIOIOSA, Manuel "Los derechos sociales de los extranjeros en Italia: comparación

extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria” en los casos de:

- a) “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”.

Se trata de un precepto destinado fundamentalmente a cubrir una atención sanitaria mínima a determinados grupos de extranjeros especialmente vulnerables⁶², cuya protección viene reconocida en tratados internacionales suscritos por España: extranjeros menores, extranjeras embarazadas, extranjeros mayores de edad sin recursos, empadronados o no y en situación administrativa irregular.

- a) En el primer caso, la atención sanitaria en urgencias por enfermedad grave o accidente, comprendería la prestación de asistencia por esta vía y en las situaciones indicadas a extranjeros mayores de edad en situación irregular, empadronados o no. A pesar de la indeterminación jurídica de los conceptos generales de “enfer-

con España”, en Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada, (dirs.). *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 584 y ss. SANGÜESA RUIZ, Nuria, *La posición iusfundamental de los no nacionales en los ordenamientos constitucionales español e italiano*, Tesis doctoral, Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones, 2017, pp. 255-258, 286-294 y 302, recoge igualmente algunas referencias normativas y decisiones interesantes de la Corte Constitucional italiana sobre el asunto examinado y otras prestaciones sociales.

⁶² Vid. también en este sentido, LEÓN ALONSO, Marta: *La protección constitucional de la salud...*, ob. cit., p. 359, respecto del anterior art. 12 LODYLE. Ha de tenerse en cuenta que las personas que se encuentran en España en situación administrativa irregular, además de vivir, por regla general, en condiciones precarias —sociales y económicas—, penden sobre ellas la incertidumbre y la preocupación constante de que pueden ser detenidas y multadas o expulsadas del territorio nacional por cometer una infracción grave del art. 53.1.a) LODYLE: “encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tenerla caducada más de tres meses”. La sanción por esta infracción puede consistir en “una multa de 501 hasta 10.000 euros” (art. 55.1.b) LODYLE) o en “la expulsión del territorio español, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante resolución motivada” (57.1 LODYLE).

medad grave”⁶³ o “accidente” (laboral o no) y hasta que reciban el alta médica (que no es el alta hospitalaria, este ha podido ser anterior)⁶⁴, la atención en urgencias habrá de prestarse por los profesionales sanitarios a las personas extranjeras, en todo caso, siempre que exista un grave riesgo para su salud y para su vida e integridad física. De este modo, la norma citada se conectaría con el mandato que el art. 43 CE dirige expresamente a los poderes públicos para tutelar la salud de las personas mediante las correspondientes prestaciones y servicios sanitarios y con la obligación de preservar el derecho fundamental a la vida y a la integridad física reconocido en el art. 15 CE. Se trata de casos de atención médica que, como ha reconocido la Corte Constitucional italiana, conformarían “el núcleo irreductible del derecho a la salud” protegido por el art. 32 de la Constitución como “ámbito inviolable de la dignidad humana”, que impediría la situaciones carentes de toda tutela⁶⁵.

- b) En el supuesto de la atención sanitaria a las mujeres extranjeras embarazadas, durante el embarazo, parto y postparto, se trataría de extranjeras en situación irregular sin recursos y se entiende que recibirán dicha atención en las mismas condicio-

⁶³ Cómo sabe el paciente, extranjero no residente, que la enfermedad que padece es grave si no tiene derecho a un diagnóstico previo. Qué sucede si precisa un tratamiento posterior al alta médica después de haber sido atendido en urgencias por enfermedad grave. Son algunas cuestiones que quedan sin responder. Algunas pautas sobre la interpretación del concepto de “enfermedad grave” y de la limitación que para el ejercicio del derecho puede conllevar una interpretación restrictiva del mismo, pueden verse en ARBELÁEZ RUDAS, Mónica: “La nueva...”, cit., pp. 112-113; ARBELÁEZ RUDAS, Mónica y GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia: “El derecho...”, cit., pp. 443-444 y JOVER GÓMEZ FERRER, Rafael, ORTEGA CARBALLO, Carlos y RIPOL CARULLA, Santiago: *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 182-183.

⁶⁴ El art. 64.2.b) LODYLE atribuye también a los extranjeros que se encuentren en una situación de prórroga del plazo de cumplimiento voluntario o de aplazamiento o suspensión de la ejecución de la expulsión, el derecho a la atención sanitaria de urgencia y al tratamiento básico de enfermedades. Con carácter específico, el art. 62.bis.1 LODYLE reconoce también el derecho a recibir asistencia médica y sanitaria adecuada a los extranjeros que hayan ingresado en centros de internamiento, que habrán de disponer de servicios de asistencia sanitaria con dotación suficiente (art. 62.bis.2).

⁶⁵ Sentencia n.º. 252 de 2001, fundamento jurídico 2º y las decisiones allí citadas.

nes que las españolas. También aquí la norma conectaría con el mandato dirigido por el art. 43 CE a los poderes públicos para tutelar la salud de las personas y con el del art. 39.2 CE de protección integral de las madres, cualquiera que sea su estado civil. Como medida de protección para las madres extranjeras gestantes, los arts. 57.6 y 58.4 LODYLE disponen además 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.

Por otro lado, al haberse restringido la asistencia sanitaria a las extranjeras mayores de edad en situación irregular, que no estén embarazadas, a la atención en urgencias, se ha producido también un efecto colateral sobre la lucha contra la violencia de género. Así lo ha advertido la Organización de Médicos del Mundo, cuando ha reconocido que esa limitación de la asistencia sanitaria a la atención en urgencias restringe considerablemente la posibilidad de detectar casos de violencia contra las mujeres inmigrantes en centros de Atención Primaria⁶⁶.

- c) En el caso de los extranjeros menores de dieciocho años, estos recibirán la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles⁶⁷. Norma que responde también al mandato del art. 43 CE para que los poderes públicos tutelen la salud de las

⁶⁶ Según indica esta Organización No Gubernamental, “en 2012, los servicios sanitarios detectaron casi 12.000 casos de mujeres víctimas de violencia de género, la mayoría a través de la Atención Primaria (...). De acuerdo con datos del Ministerio de Sanidad de 2011, más del 60% de los casos detectados en el ámbito sanitario se descubrieron en Atención Primaria”. Cfr. el *Informe Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo* (2014), p. 18, disponible en: <https://www.medicosdelmundo.org/actualidad-y-publicaciones/publicaciones/dos-anos-de-reforma-sanitaria-mas-vidas-humanas-en-riesgo>. También MORENO BELTRÁN, Anna y BALLESTEROS PENA, Ana, “Las consecuencias de la aplicación del Real Decreto-Ley de Regulación Sanitaria RD 16/2012 sobre la salud de las mujeres inmigradas”. *Investigaciones Feministas*, 2014, Vol V, disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/view/47768>.

⁶⁷ En el mismo sentido, con carácter universal, el art. 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, reconoce que “los menores extranjeros que se encuentren en

personas y a lo establecido en el art. 39.4 CE: “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” A este respecto pueden citarse el art. 25, apartado primero, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, o el art. 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (con entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990). No obstante, ha de tenerse en cuenta también lo previsto en la Disposición adicional octava del 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. En ella se introduce un elemento de carácter económico (copago de prestaciones) para los supuestos especiales de asistencia sanitaria pública del art. 3 ter LCCSNS, relativos a los extranjeros menores de dieciocho años no registrados ni autorizados como residentes en España y a las mujeres extranjeras embarazadas no registradas ni autorizadas como residentes en España: “tendrán derecho a la asistencia sanitaria pública por el Sistema Nacional de Salud con la misma extensión reconocida a las personas que ostentan la condición de aseguradas, siendo el tipo de aportación del usuario para las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud que la exijan el correspondiente a los asegurados en activo”.

2.4. La suscripción de un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria del art. 3.5 LCCSNS y su desarrollo por el Decreto 576/2013, de 26 de julio

El apartado 5º del art. 3 LCCSNS prevé el acceso a las prestaciones sanitarias públicas por aquellas “personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario” “mediante el pago de la corres-

España tienen derecho a la asistencia sanitaria (), en las mismas condiciones que los menores españoles”.

pondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial”. La Disposición adicional tercera del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, remite a “una Orden del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad” en la que se determinen “los requisitos” de dicho convenio especial, cuya “suscripción permitirá obtener la prestación de asistencia sanitaria, a cambio del pago de una cuota, a todas aquellas personas que, no teniendo la condición de aseguradas o beneficiarias, no tuviesen acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título”.

El Ministerio no elabora una Orden⁶⁸, sino 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 Salud⁶⁹.

⁶⁸ A pesar de que sí existió un proyecto de *Orden por la que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria para personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud*, aprobada por el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, el 3 de octubre de 2012. Véase la información contenida en las notas de prensa de 3 de octubre de 2012, en las páginas web del *Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad* y de la *Moncloa* disponibles en: <http://www.msc.es/gabinete/notasPrensa.do?id=2573> y http://www.lamoncloa.gob.es/ServiciosdePrensa/NotasPrensa/MinisterioSanidadServicios_SocialesIgualdad/2012/031012-consejointerterritorial.htm.

⁶⁹ Esta norma publicada en el BOE de 27 de julio de 2013 (con entrada en vigor el día 1 de septiembre de 2013), tiene rango de Real Decreto, porque, como se indica en su exposición de motivos, se está ante el título competencial del Estado del art. 149.1.16 CE, de las bases y coordinación general de la sanidad, tal y como se reconoció en jurisprudencia constitucional, entre otras, en la STC 213/1994, de 14 de julio, y porque, al mismo tiempo se modifica la Disposición Adicional tercera del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. En la exposición de motivos del Decreto se afirma también que “el contenido prestacional al que puede acceder la persona que suscriba el convenio especial tiene carácter básico y, en consecuencia, podrá ser incrementado por las comunidades autónomas mediante la inclusión en dicho convenio de otras prestaciones asistenciales propias de la cartera de servicios complementaria de las comunidades autónomas”. Algunas Comunidades Autónomas que han desarrollado esta norma básica del Estado lo han hecho reproduciendo los requisitos contemplados en ella, sin mejorar o incrementar las prestaciones de servicios, ni reducir la cuota. Otras Comunidades simplemente se remiten a lo dispuesto en la norma estatal. Cfr., al respecto, el Decreto 190/2013, de 20 de diciembre, del Consell, por el que se regula el Con-

El art. 3 de esta norma establece quiénes podrán suscribir el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria. Han de ser personas que residan en España y que no tengan la condición de asegurado ni de beneficiario del Sistema Nacional de Salud. No obstante, la norma exige la observancia de los siguientes requisitos complementarios: 1º) “Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial”. La norma no habla de “residencia legal”, sino de “residencia efectiva”, la cual podría probarse mediante el correspondiente permiso de residencia, pero al no especificarse otra cosa podría también acreditarse por otros medios como el certificado de empadronamiento. Ahora bien, ante la falta de precisión de la norma, el cumplimiento de este requisito puede quedar a la libre apreciación de quién examine la solicitud. 2º) “Estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la administración pública competente para su suscripción”. 3º) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países”.

venio especial de prestación de asistencia sanitaria en el ámbito de la Comunitat Valenciana a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud; la Orden SAN/6/2014, de 26 de febrero, por la que se regula el procedimiento para la suscripción 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 en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha aprobado 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, que contiene unas breves disposiciones sobre el procedimiento para presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, documentos que han de acompañarse y forma de pago. Cfr. también, en Castilla y León, la ORDEN SAN/226/2015, de 19 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento de suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria en Castilla y León a personas que no tengan la condición de aseguradas ni beneficiarias del Sistema Nacional de Salud.

En definitiva, podían firmar personalmente este tipo de convenio especial los españoles que nunca hubiesen trabajado y que tuvieran unos ingresos anuales superiores a los cien mil euros (la STC 139/2016 ha anulado la determinación por reglamento del límite superior de ingresos). También los ciudadanos procedentes de un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de terceros países que durante su estancia en España voluntariamente quieran suscribir el convenio para ser atendidos por el sistema sanitario público español, siempre que acrediten la residencia efectiva y continuada en España durante un año y estén empadronados en un municipio español. Los extranjeros en situación administrativa irregular podrían también suscribirlo si se entiende, según hemos dicho, que pueden acreditar la residencia efectiva por un año en España por otros medios que no sean el permiso de residencia, como el certificado de empadronamiento⁷⁰. También se ha sugerido la firma de este convenio —o de seguros médicos privados— a personas que habían obtenido su permiso de residencia por reagrupación familiar y el INSS no les reconocía la condición de beneficiarios de sus hijos para poder acceder a la atención sanitaria⁷¹.

La formalización del convenio especial solamente podrá realizarse con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o con la Administración pública autonómica que corresponda, en función del municipio en que se encuentren empadronadas (art. 2.1). La firma del convenio no conllevará la expedición de la tarjeta sanitaria para quien lo suscriba (art 57 LCCSNS y art. 4 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto).

⁷⁰ RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 544-545, advierten de la existencia de dudas sustantivas y procedimentales para acreditar esa residencia efectiva por los extranjeros en situación irregular que lleven menos de un año en España, ante las dificultades para probar cuándo entraron en España y permanecieron de forma irregular.

⁷¹ Existen varios casos de personas que, ante la denegación de la tarjeta sanitaria por el INSS, han acudido a los tribunales y han obtenido una resolución favorable a sus pretensiones. Cfr., al respecto, la información contenida en el apartado noticias del sitio web *Yo Sí Sanidad Universal*, disponible en: <http://yosisanidaduniversal.net/convocatorias.php/asa-32>.

El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria facilitará a los firmantes el acceso “a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud regulada en el art. 8 bis LCCSNS”, es decir, a las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como al transporte sanitario urgente, (art 2. 2). Se excluye, por tanto, el acceso a las prestaciones de la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud (art. 8 ter LCCSNS), esto es, a la prestación farmacéutica, a la prestación ortoprotésica y al transporte sanitario no urgente (debiendo abonar la totalidad del coste de dichas prestaciones). Tampoco podrá disfrutarse de las prestaciones de la cartera común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud (art. 8 quáter LCCSNS), es decir, de las actividades, servicios o técnicas de apoyo a la mejora de una patología de carácter crónico⁷². Sin embargo, por su carácter básico, las Comunidades Autónomas podrán facilitar las prestaciones asistenciales propias de su cartera de servicios complementaria, distintas a las incluidas en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud (art. 8 quinquies LCCSNS), siempre que la Comunidad Autónoma las haya incorporado en el convenio especial (art.2.2). Aunque, como hemos adelantado, las Comunidades Autónomas que hasta ahora han desarrollado esta norma básica lo han hecho reproduciendo los requisitos mencionados en ella, sin mejorar o incrementar las prestaciones sanitarias.

El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria deberá tener, al menos, el siguiente contenido (art. 5.1): a) “datos de identidad de la persona” que lo suscribe; b) “fecha de su formalización”; c) “contraprestación económica que ha de abonarse”; así como “su

⁷² Compartimos con GÓMEZ MARTÍN, Milagros, “Régimen jurídico de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud», en Palomar Olmeda, Alberto, Cantero Martínez, Josefa (Dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 537-538, la opinión de que no resulta adecuado que por vía reglamentaria se limiten dos de las modalidades de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud; otra cosa es que pudieran establecerse diversas cuotas según se opte al contenido completo o a una parte de las prestaciones de las carteras de servicios. *Vid.* también AGUADO I CUDOLÁ, Vicenç y PRADO PÉREZ, Raquel: “Derecho a la protección de la salud...”, *ob. cit.*, pp. 108-109.

forma de pago”; d) “condiciones particulares y forma de utilización de las prestaciones sanitarias”; e) “las causas de extinción”.

La contraprestación económica mínima que ha de abonar la persona que suscriba el convenio especial (art. 6) es de 60 euros de cuota mensual, cuando “el suscriptor tiene menos de 65 años” y de 157 euros, “si el suscriptor tiene 65 o más años”. Esta contraprestación se fija sin tener en cuenta la renta o recursos económicos que puedan tener los interesados. La cuota mensual podría ser incrementada por las Comunidades Autónomas cuando incorporasen en el convenio especial otras prestaciones asistenciales de la cartera de servicios complementaria de la Comunidad Autónoma. Son cuotas similares a las establecidas por algunas aseguradoras privadas, aunque su importe puede resultar gravoso para el colectivo de los extranjeros en situación irregular, uno de los más castigados por la crisis económica y en grave situación de exclusión social. Con el añadido de que, además del pago de la cuota, tendrían que afrontar el coste de las prestaciones no incluidas en la cartera común básica. El Defensor del Pueblo adelantó la escasa viabilidad de estos convenios para los extranjeros en situación irregular, por razones económicas y por la vulnerabilidad de muchos de los interesados. De ahí que dirigiese al Ministerio de Sanidad la Recomendación 167/2013, para que, en colaboración con las Comunidades Autónomas y mediante la aplicación de políticas sociales, se facilitara a esas personas el acceso a los convenios mediante fórmulas de exención, total o parcial, de la contraprestación económica⁷³.

Resultaba paradójico que para los colectivos de personas que habían quedado extramuros del sistema sanitario público por mor de

⁷³ Cfr. el *Informe anual 2013 del Defensor del Pueblo...*, ob. cit., p. 263. El Ministerio de Sanidad no acoge la Recomendación del Defensor del Pueblo, argumentando que, según la Comisión Europea, no existe en el Derecho de la Unión Europea una norma que obligue a ofrecer asistencia sanitaria a los ciudadanos extranjeros en situación irregular. Sin embargo, según el Defensor del Pueblo, “el texto completo de la posición de la Comisión refleja claramente que no existe competencia comunitaria en materia de derecho de acceso a la salud, lo que explica que no se haya regulado la asistencia sanitaria a este colectivo”. También menciona la Comisión Europea, en opinión del Defensor del Pueblo, “la necesidad de tener en cuenta lo previsto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que obligan a proteger los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida” (pp. 263-264).

la reforma introducida por el Decreto-Ley 16/2012, se pasase de un régimen normativo, definido por la ley y el reglamento, a un régimen convencional, cierto que con base reglamentaria, basado en un convenio especial de asistencia sanitaria que abría de nuevo la puerta de acceso al sistema (a ciertas prestaciones sanitarias, no a todas). Eso sí, previo cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos el abono de una cuota, que los colectivos más vulnerables difícilmente podían hacer frente al carecer de recursos económicos suficientes⁷⁴.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS A PARTIR DE LA REFORMA AMPLIATORIA DEL DECRETO-LEY 7/2018

3.1. *La extraordinaria y urgente necesidad de la reforma sanitaria por decreto-ley para lograr una atención sanitaria universal*

Tras la aprobación de la moción de censura por el Congreso de los Diputados el 1 de junio de 2018, por la que se inviste como Presidente del Gobierno a Pedro Sánchez, una de las primeras medidas que adoptará el Gobierno será garantizar la universalidad de la asistencia sanitaria a todas las personas que se hallen en el territorio español. Para ello, siguiendo la senda de la utilización abusiva del decreto-ley en legislaturas anteriores, el Gobierno recurre a esta fuente del Derecho para aprobar el Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, que será convalidado por el Congreso el 6 de

⁷⁴ Vid. AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç y PRADO PÉREZ, Raquel: “Derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., p. 108, quienes muestran también su perplejidad por el hecho que “una persona que pueda encontrarse en situación de irregularidad y, por tanto, ser susceptible de expulsión, formalice con la Administración un convenio especial para la prestación de servicios de carácter sanitario”. Obviamente, la formalización de este convenio no producirá efectos sobre una eventual regularización de la situación administrativa de quien lo suscriba, pero, como observan también los autores, “podría ser un elemento para demostrar que dicha persona se encontraba en territorio español desde una determinada fecha”.

septiembre de 2018⁷⁵. Ahora bien, a diferencia del Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, en la sesión de convalidación del Decreto-ley 7/2018, del 27 de julio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 86.3 CE, se acuerda su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, para que los grupos parlamentarios puedan proponer y debatir en la Cámara enmiendas y modificaciones al texto legal.

El Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, significa un hito, un paso más, en el proceso de universalización del derecho a la protección de la salud, iniciado a partir de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Supone también un cambio de modelo en la atención sanitaria, al vincularse nuevamente a la condición de ciudadano y no a la de asegurado.

La exposición de motivos del Decreto-ley 7/2018 resalta la finalidad principal de la norma, procurar “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 el Estado español”. Describe algunas de las deficiencias de la reforma introducida por el Decreto 16/2012: la vulneración del derecho a la protección de la salud al excluir de la atención sanitaria pública a las personas adultas no registradas ni autorizadas para residir en España; la justificación de esta medida “en criterios economicistas orientados a la reducción del déficit de las cuentas públicas”, en argumentos “coyunturales y de limitado alcance temporal”, que “no han sido evaluados” ni “han demostrado una mejora de la eficiencia en el ámbito sanitario”; la “situación de inseguridad jurídica” e “inequidad” generada por las Comunidades Autónomas que han aprobado normas de diversa tipología para prestar asistencia sanitaria a las personas excluidas, la mayoría de las cuales han sido anuladas.

El legislador de urgencia reconoce que la titularidad del derecho a la atención sanitaria se otorga a “todas las personas”, vinculándolo a los conceptos de “ciudadanía” y de “residencia en el territorio español”, “con independencia de su nacionalidad” y del criterio del “aseguramiento con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social”.

⁷⁵ Cuyo debate, con número de expediente 130/000034, puede consultarse en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n° 144, sesión plenaria n° 137, celebrada el 6 de septiembre de 2018, pp. 27-41 y ss., disponible en: http://www.congreso.es/portall/page/portall/Congreso/Congreso/Iniciativas?_pi-ref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=lwc.

Para justificar el requisito exigido por el art. 86.1 CE de la extraordinaria y urgente necesidad, el legislador tampoco se extiende demasiado, habida cuenta de la interpretación flexible que sobre él viene realizando el Tribunal Constitucional. Menciona sucintamente las siguientes razones, reiteradas también en la sesión de convalidación del Decreto-ley en el Congreso: “prevenir los riesgos potenciales que para la salud pública conlleva la no asistencia a colectivos que hayan fijado su residencia en España”; “el cumplimiento de los mandatos internacionales”⁷⁶ y la “seguridad jurídica, cohesión social, coordinación y armonización de las actuaciones llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas”⁷⁷. Se invoca para ello “el cumplimiento de los tratados internacionales de carácter vinculante suscritos por España, el mandato contenido en el artículo 43 de la Constitución Española, y los principios de igualdad, solidaridad y justicia social”. Asimismo, “siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, que no se cita, el legislador reconoce que “se ha tenido en cuenta la necesaria conexión entre la situación de urgencia descrita y las medidas que se adoptan en el presente real decreto-Ley, en relación directa y de congruencia con la situación que se trata de afrontar.”.

⁷⁶ Desde instancias de la Unión Europea y de Naciones Unidas se había solicitado, “de manera reiterada, la derogación o modificación de la norma” que excluía de la atención sanitaria a las personas que se encontraran en el territorio español cuya “situación de extrema vulnerabilidad” se había agravado. También lo habían pedido “el Defensor del Pueblo, la sociedad civil, el movimiento asociativo, las sociedades científicas profesionales, los partidos políticos y otras entidades”. Algunas de las entidades internacionales se concretan por la Sra. Ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, en la sesión de convalidación del Decreto-ley 7/2018, en el Congreso de los Diputados, el 6 de septiembre de 2018, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ob. cit., p. 29; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la relatora especial de Naciones Unidas sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos.

⁷⁷ En la sesión de convalidación del Decreto-ley 7/2018, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ob. cit., p. 28, se añade por la Sra. Ministra “garantizar la seguridad jurídica a profesionales sanitarios y administraciones autonómicas”, ya que había “que destacar el amplio rechazo de la mayoría de Comunidades Autónomas a la exclusión en la sanidad pública de las personas inmigrantes en situación administrativa irregular”. De ahí que fuera preciso “armonizar y dar cohesión territorial en el acceso a la sanidad, ya que las Comunidades Autónomas que no estaban de acuerdo con la exclusión sanitaria adoptaron soluciones de manera desigual. Era, pues, urgente acabar con esta disparidad, con la inseguridad jurídica, con la desigualdad y exclusión”.

Por último, el legislador de urgencia alude indirectamente al principio de proporcionalidad cuando dice que el Decreto-ley “persigue un interés general al pretender garantizar el derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria con carácter universal”, que “no existe ninguna alternativa regulatoria menos restrictiva de derechos” y que “resulta coherente con el ordenamiento jurídico tanto nacional como europeo”.

En definitiva, tres son los objetivos fundamentales que persigue la reforma del Decreto-ley 7/2018: 1º) restituir la atención sanitaria pública a los colectivos de personas excluidas por la reforma del Decreto-ley 16/2012; 2º) acabar con la situación de inseguridad jurídica y desigualdad en el acceso a la asistencia sanitaria que había generado el Decreto-ley 16/2012 y las diversas normas autonómicas que se aprobaron para reaccionar contra él y 3º) armonizar y homogeneizar el contenido de esa desigual y diferente normativa autonómica. Han pasado varios meses desde la publicación del Decreto-ley 7/2018 y, a pesar de la urgencia con la que se aprueba, no se han alcanzado plenamente los objetivos propuestos⁷⁸.

3.2. La modificación de la determinación subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria: de la condición de asegurado a la de ciudadano residente (art. 3.1 y 2 LCCSNS)

El Decreto-ley 7/2018, en su art. 1.1, reforma nuevamente el art. 3 LCCSNS, cuyo epígrafe vuelve a la redacción anterior a su modificación por el Decreto-ley 16/2012: “Titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria”, en coherencia también con lo previsto en el art. 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que mantenía esa redacción. Alude certeramente a la titularidad del derecho a la protección de la salud en su dimensión más co-

⁷⁸ Hasta el punto que algunos colectivos, como los agrupados en la *Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER*, siguen citando casos de personas a las que se les deniega la atención sanitaria después de la entrada en vigor del Decreto-ley 7/2018. De ahí que afirmen que dicha norma sigue sin aplicarse todavía o que “se encuentra hoy en un punto muerto”. Cfr. el Informe de la *Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER Es urgente garantizar la sanidad universal. No dejar a nadie atrás*, Madrid, 2018, disponible en: <https://reder162012.org/images/InformeOct2018/REDER-oct18-ESP.pdf>.

nocida, la prestacional, esto es, el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias que se integran en el Sistema Nacional de Salud.

Así, el art. 3, apartado 1º LCCSNS establece ahora que los titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria son “todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español”. De una primera lectura e interpretación literal de la norma, podría deducirse que son titulares del derecho tanto los españoles como los extranjeros residentes en España, con independencia de que la residencia sea legal o no, habitual o efectiva. Por lo tanto, a diferencia de la redacción anterior a la reforma del Decreto-ley 7/2018, que atribuía la titularidad del derecho de asistencia sanitaria a las personas que tuvieran la condición de asegurado, ahora el art. 3.1 LCCSNS, inspirándose en el principio de la sanidad universal, reconoce el derecho a todo ciudadano residente en el territorio español⁷⁹.

⁷⁹ Al fundamentarse el acceso a la asistencia sanitaria en la condición de ciudadano y no en la de asegurado, el segundo inciso de la Disposición derogatoria única del Decreto-ley 7/2018 establece que quedan derogados la casi totalidad de los preceptos del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de persona asegurada y de beneficiaria a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, que se aprueba en desarrollo del Decreto-ley 16/2012. Concretamente, los arts. 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8. Por este motivo, la Disposición adicional única, en su párrafo 1º, dispone que “a los efectos de lo establecido en las normas internacionales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y 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, el concepto de asegurado se entenderá realizado [respecto de] aquellas personas que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo”. El párrafo 2º se refiere a las personas que tendrán la condición de beneficiarios de las mencionadas en el apartado 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, “el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, 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 %, siempre que cumplan todos los siguientes requisitos: a) Tengan su residencia legal y habitual en España, salvo que la misma no sea exigible en virtud de la norma internacional correspondiente, o que se trate de personas que se desplacen temporalmente a España y estén a cargo de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español en situación asimilada a la de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social. b) No se encuentren en alguno de los siguientes supuestos de los regímenes de la Seguridad Social: 1.º Ser trabajador por cuenta ajena o por

Ahora bien, esta amplia formulación general sobre la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública en España realizada en el párrafo anterior es matizada y condicionada en el párrafo siguiente de este apartado 1º y en los demás apartados del art. 3 LCCSNS. Así, el inciso segundo del art. 3.1 LCCSNS, destinado a los extranjeros comunitarios o de otros países con los que se hayan suscrito convenios bilaterales de prestación de asistencia sanitaria, dispone que podrán acceder a la atención sanitaria en España “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”⁸⁰.

Como se ha dicho, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que traspone la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, en su art. 7, que fue reformado por el Decreto-ley 16/2012 y que no ha sido modificado por el Decreto-ley 7/2018, exige, en su apartado 1.b), como requisito que deben cumplir los ciudadanos europeos y sus familiares que deseen residir en el territorio español por un periodo superior a tres meses, que dispongan, “para sí y para los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España”.

cuenta propia, afiliado y en situación de alta o asimilada a la de alta. 2.º Ostentar la condición de pensionista de dichos regímenes en su modalidad contributiva. 3.º Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de dichos regímenes”.

⁸⁰ Respecto de la aplicación a los ciudadanos de Estados de la Unión Europea de las disposiciones comunitarias, *vid.* lo expuesto en el apartado 2.2 del capítulo II de este trabajo, sobre “Los extranjeros procedentes de países miembros de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y Suiza”, que distingue, a los efectos de recibir asistencia sanitaria, entre situaciones de estancia y residencia.

El apartado 2º del art. 3 LCCSNS, redactado de forma imprecisa y farragosa⁸¹, concreta los supuestos en que han de encontrarse los titulares del derecho a la asistencia sanitaria *para hacerlo efectivo* con cargo a fondos públicos (el subrayado es nuestro):

- “a) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español”, con independencia, por tanto, de la condición de asegurado, de la edad o del nivel de renta. El precepto exige que la residencia sea habitual, aunque no precise cuándo tendrá dicho carácter.
- “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”, como cuando se haya suscrito un seguro de viaje o de accidente, o se pueda exportar el derecho a la cobertura sanitaria desde su país de origen. No obstante, sería necesario precisar a qué título jurídico se refiere para tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España.

La norma comprendería también algunos supuestos concretos como los de los pensionistas españoles que viven en otro país o los trabajadores transfronterizos⁸². Ahora bien, no estarían incluidos, careciendo por tanto de cobertura sanitaria, los casos de los españoles mayores de 26 años que residan fuera de España por más de noventa días para buscar trabajo (no cotizando a la Seguridad Social ni percibiendo prestación alguna); o los de los españoles mayores de 26 años que residan en el extranjero por más de noventa días, se encuentren en España

⁸¹ Dice enrevesadamente que “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”, que en realidad es uno, el derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria.

⁸² Así lo pone de manifiesto la Sra. Ministra en la sesión de convalidación del Decreto-ley 7/2018, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ob. cit., pp. 29-30, que considera también algunos de estos casos, por ejemplo, la existencia de terceros obligados al pago, como “criterios para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria”.

en situación de estancia temporal y no tengan cobertura sanitaria exportable desde sus países de residencia⁸³.

- “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”. Se requiere también que la residencia sea habitual y legal, aunque nuevamente el legislador utiliza expresiones ambiguas e imprecisas, al no concretar en qué casos no hay que acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, o en qué casos hay que hacerlo y cómo, o cuál es la vía a la que se refiere.

Ante estas imprevisiones, algunas organizaciones reconocen que actualmente para acceder al derecho de asistencia sanitaria y a la tarjeta sanitaria, la mayoría de las Comunidades Autónomas están exigiendo a ciudadanos de la Unión Europea y a extranjeros de Estados con los que España tiene firmado un convenio bilateral un “certificado de no exportación del derecho”. Se da la circunstancia de que los Estados requeridos, en algunos casos, no emiten dicho certificado a través de sus consulados, por lo que las personas afectadas estarían obligadas

⁸³ La situación de desprotección sanitaria de los españoles que se encuentran en estos supuestos es consecuencia de una de las reformas introducidas por la Disposición final 11 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, que modificó la letra d) del apartado 2º del art. 3 LCCSNS y los artículos correspondientes del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. El colectivo *Yo Sí Sanidad Universal* ha denunciado esta situación de desprotección de los españoles mayores de 26 años que residen fuera de España por más de noventa días. Pero es que incluso cuando están fuera por un periodo de noventa días, al no cotizar a la Seguridad Social, tampoco tienen derecho a la Tarjeta Sanitaria Europea. Se les expide un Certificado Provisional Sustitutorio que les da cobertura sanitaria por un periodo máximo de noventa días al año en sus desplazamientos a países de la Unión Europea. Sin embargo, en muchos casos, este Certificado Provisional Sustitutorio no es reconocido en algunos países de la Unión Europea, careciendo, por tanto, de la asistencia sanitaria. El Decreto-ley 7/2018 sigue ignorando estas situaciones de exclusión del derecho a la atención sanitaria, a pesar de haberse puesto en conocimiento del Ministerio de Sanidad. Cfr. el Informe del colectivo *Yo Sí Sanidad Universal*, sobre *Valoración del “Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud”*, Madrid, 13 de agosto de 2018, disponible en: <http://yosisanidaduniversal.net/noticias.php/valoracion-del-real-decreto-ley>.

a desplazarse a su país de origen para obtenerlo, lo que sería imposible cuando estas se encuentran en situación administrativa irregular⁸⁴.

Tampoco se sabe, ante la ambigüedad de la norma, si con la reforma se solucionará el problema de aquellas personas extranjeras que teniendo residencia legal, al haber obtenido su permiso de residencia por reagrupación familiar, no se les otorga la condición de beneficiarios de sus hijos para poder acceder a la atención sanitaria. A pesar, incluso, de haber conseguido una resolución judicial favorable contra la decisión desestimatoria del INSS⁸⁵.

Aun cuando el legislador reconoce el derecho a la asistencia sanitaria pública ligándolo expresamente a la condición de ciudadano residente en España, y no a la de asegurado, hay que señalar, tal y co-

⁸⁴ Cfr. el Informe de la *Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER Es urgente garantizar la sanidad...*, ob. cit., disponible en: <https://reder162012.org/images/InformeOct2018/REDER-oct18-ESP.pdf>.

⁸⁵ Vid. el Informe del colectivo *Yo Sí Sanidad Universal*, sobre *Valoración del “Real Decreto-Ley 7/2018...*, ob. cit., disponible en: <http://yosisanidaduniversal.net/noticias.php/valoracion-del-real-decreto-ley>, en el que se dice que esta práctica ilegal ha recibido hasta el momento más de cuarenta sentencias condenatorias en ocho Comunidades Autónomas. De ahí que sea urgente una aclaración por el Ministerio sobre el tipo de cobertura obligatoria al que se refiere la norma y en qué casos se requeriría, ya que, para el supuesto de las personas extranjeras con permiso de residencia, el reconocimiento del derecho corresponde ahora al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. No obstante, se indica en el Informe que aunque pueda suponerse que a estas personas se les otorgará la tarjeta sanitaria; sin embargo, se afirma también que en alguna Comunidad Autónoma, ante la indefinición de la norma, esta se está interpretando de forma excluyente. Según se indica también el Informe de la *Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER Es urgente garantizar la sanidad...*, ob. cit., disponible en: <https://reder162012.org/images/InformeOct2018/REDER-oct18-ESP.pdf>, las personas afectadas son de edad avanzada y con una salud débil. Al negárseles la condición de beneficiarias de sus hijos se les ofrecía la suscripción de un seguro médico privado o del convenio especial de atención sanitaria. El colectivo *REDER* denuncia igualmente esta situación y expresa que el Decreto-ley 7/2018 “no parece arrojar ninguna luz” al respecto, ya que aunque la norma “reconoce la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español, condiciona el disfrute de ese derecho a que la persona no esté obligada a tener cobertura sanitaria por otra vía”.

mo se dijo en la STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 8, que el objetivo de acceso universal a la sanidad pública, perseguido por el legislador, no conlleva una desvinculación absoluta respecto de la Seguridad Social, ni origina un derecho de todas las personas de acceso incondicionado y gratuito a todas las prestaciones y servicios sanitarios públicos. Así, siguen teniendo derecho a la asistencia sanitaria pública, por su conexión con el título de la Seguridad Social, los españoles y extranjeros residentes que sean trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y estén dados de alta en la Seguridad Social, así como los pensionistas o perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social. Asimismo, continúa el sistema de copago para el acceso a determinadas prestaciones sanitarias, como la farmacéutica ambulatoria, que incluso la reforma por el art. 2 del Decreto-ley 7/2018 del art. 102.5 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, añade un nuevo párrafo e), conforme al cual las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, a las que se refiere el art 3 ter LCCSNS, deberán abonar el 40 % del precio de los medicamentos. Idéntico porcentaje que el previsto en el párrafo c) para los nacionales que tengan la condición de asegurado activo cuya renta sea inferior a 18.000 euros. Sin embargo, la norma no tiene en cuenta, para fijar un porcentaje inferior de aportación, el nivel de renta de los extranjeros sin permiso de residencia o la situación de vulnerabilidad socioeconómica en la que puedan encontrarse⁸⁶.

⁸⁶ De igual modo, a consecuencia de la organización del sistema sanitario público en nuestro Estado autonómico, los españoles no van a poder acceder a las mismas prestaciones sanitarias en todo el territorio nacional. Ello es debido a que en España existe una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud (integrada por tres carteras, la común básica de servicios asistenciales, la suplementaria y la de servicios accesorios) y una cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas. La primera está constituida por unas prestaciones sanitarias a las que tienen derecho todos los ciudadanos españoles, con independencia de la Comunidad Autónoma en la que residan. La segunda, sin embargo, puede ser creada y financiada por las Comunidades Autónomas, de tal manera que, por ejemplo, la cartera complementaria del País Vasco puede comprender prestaciones diferentes a las de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Esta posibilidad de creación de carteras complementarias autonómicas con diferentes prestaciones sanitarias sirve de fundamento al Sr. Igea Arisqueta,

El apartado 3º del art. 3 LCCSNS sigue ofreciendo la posibilidad de suscribir un convenio especial de atención sanitaria, “mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota” para “aquellas personas que de acuerdo con el apartado 2º no tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos”. Obviamente, la suscripción de este convenio especial es voluntaria. Tras la reforma no se sabe muy bien a qué personas extranjeras puede destinarse, más allá de lo que dice imprecisamente el art. 3.3 y teniendo en cuenta que los extranjeros en situación irregular pueden acceder ahora a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Aunque con sujeción a ciertas condiciones, según veremos en el art. 3 ter LCCSNS, reformado también ampliamente por el Decreto-ley 7/2018⁸⁷.

del Grupo Parlamentario Ciudadanos, para criticar la intervención de la Sra. Ministra de Sanidad en el debate de convalidación del Decreto-ley 7/2018 en el Congreso, cuando define a la sanidad española por su carácter universal, por la equidad en su prestación y por la igualdad de condiciones en la atención sanitaria. Se pregunta el Sr. Igea Arisqueta: “cuando dicen que la asistencia va a ser igual, ¿igual a quién?, si no son iguales los españoles entre sí mismos”, al haberse creado “un sistema de carteras diferentes de servicios diferente que impone la desigualdad en el territorio nacional, porque hay comunidades que tienen en su cartera pruebas de talón o que financian los implantes cloqueares o los medidores externos de glucosa o la salud bucodental infantil y hay comunidades que no”. O, añade también el Diputado, las dificultades de dejar “ustedes en manos de las comunidades autónomas, otra vez, el reconocimiento y la tramitación de ese derecho, con lo cual no aseguramos en modo alguno la igualdad ni la movilidad de los mismos a través del sistema”. Cfr. el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ob. cit., p. 36.

⁸⁷ La Disposición transitoria primera del Decreto-ley 7/2018 establece un régimen transitorio para este tipo de convenios, al indicar que “los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria suscritos en aplicación de lo dispuesto en el art. 3.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, por aquellas personas que tras la entrada en vigor de este real decreto-ley tengan derecho a recibir la asistencia sanitaria en el territorio español con cargo a fondos públicos, mantendrán su vigencia hasta el último día del mes natural en que entre en vigor este real decreto-ley”. Nada dice el Decreto-ley 7/2018 sobre la norma reglamentaria que desarrolló lo dispuesto en el anterior art. 3.5 LCCSNS, 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. Norma, cuyas disposiciones podrían quedar derogadas, de acuerdo con la Disposición derogatoria única del Decreto-ley 7/2018, si se opusieran, contradijeran o fuesen incompatibles con lo establecido en ese Decreto-ley, como podría ser la exigencia para

En relación con el reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, el art. 1.2 del Decreto-ley 7/2018, modifica el art. 3 bis LCCSNS, para atribuir dicha función al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social con la colaboración de “las entidades y administraciones públicas necesarias” para comprobar si concurren los requisitos del art 3.2 LCCSNS, remitiéndose para ello a lo que se determine reglamentariamente⁸⁸.

Asume y monopoliza, por tanto, esa función de reconocimiento y control del derecho el Ministerio de Sanidad, si bien con la colaboración de “las administraciones públicas necesarias”, que podrán ser, por ejemplo, del Ministerio del Interior para comprobar los datos relativos a la nacionalidad y residencia⁸⁹. Aunque, con la reforma del

el suscriptor del convenio de “acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial”. Lo mismo sucedería con las normas autonómicas que se han aprobado sobre este tipo de convenios. Para las referencias hechas en la norma al concepto de asegurado, a los efectos de la prestación de la asistencia sanitaria, de acuerdo con la Disposición final tercera del Decreto-ley 7/2018 “se entenderán hechas a aquellas personas que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el art. 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo”.

⁸⁸ Antes de la reforma del Decreto-ley 7/2018, era el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, el que en sus arts. 5 y 6 establecía los requisitos y documentos que habían de presentarse ante el INSS para obtener la condición de asegurado. Preceptos del Decreto 1192/2012, que han sido derogados por la Disposición derogatoria del Decreto-ley 7/2018. Por otro lado, tal y como establece la Disposición transitoria segunda del Decreto-ley 7/2018, mientras no se apruebe y entre en vigor el reglamento previsto en el art. 3.bis.1 LCCSNS, “se mantendrán los procedimientos vigentes y las bases de datos existentes antes de la entrada en vigor de este real Decreto-ley”.

⁸⁹ Así, el art. 3.bis.3 LCCSNS, en relación con el tratamiento y comunicación de los datos entre las administraciones públicas competentes, dispone que “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”. De igual modo, el Ministerio de Sanidad y las entidades y administraciones públicas del 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

Decreto-ley 7/2018, el Ministerio de Sanidad es el que tiene la función de reconocimiento y control del derecho, resulta difícil que lo haga sin contar con la intervención del INSS, que era el organismo al que el Decreto-ley 16/2012 le había asignado esa función de forma exclusiva⁹⁰. De hecho, el art. 3.bis.1 LCCSNS, en su segundo inciso, sigue

derecho”. La cesión de estos datos tampoco “precisará del consentimiento del interesado”. El Ministerio de Sanidad y las entidades y administraciones públicas del apartado 1 “tratarán la información a la que se refieren los dos párrafos anteriores con la finalidad de comunicar a las administraciones sanitarias competentes [las autonómicas] 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”.

⁹⁰ De ahí que la opción del legislador de urgencia de mantener un sistema competencial sobre la función de reconocimiento y control similar al existente antes de la reforma del Decreto-ley 7/2018, aunque girando en torno al Ministerio de Sanidad en lugar del INSS, haya sido criticada por el Sr. Barandiaran Benito del Grupo Parlamentario Vasco, en la sesión de convalidación del Decreto-ley 7/2018, al considerarla “como una actuación a todas luces centralizadora (...) que supera la competencia del Estado”, que “supone (...) una delimitación exorbitante de las competencias que el artículo 149.1.16.^a contempla respecto al Estado”. Cfr. el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ob. cit., p. 34. Aunque más adelante nos referiremos a ello, ha de mencionarse aquí que el Gobierno Vasco había planteado ante el Tribunal Constitucional un conflicto positivo de competencias contra determinados preceptos del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto (que son desarrollo reglamentario del art. 3 bis LCCSNS), alegando que el Gobierno había llevado a cabo una regulación detallada de una actividad material (atribuir a una entidad estatal, el INSS, el reconocimiento, control y extinción de la condición de asegurado) sin dejar espacio normativo a la Comunidad Autónoma. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en la STC 97/2017, de 20 de julio, FJ 4, remitiéndose la STC 33/2017, de 1 de marzo, reconocerá que las facultades atribuidas al INSS se insertaban “en el ámbito específico de las competencias estatales en materia de coordinación general de la sanidad”, del art. 149.1.16 CE, que tiene carácter prevalente en lo que respecta a la determinación de la condición de asegurado. El Tribunal precisa que “lo que se atribuye en este precepto [art. 3 bis LCCSNS y los que lo desarrollan en el Decreto 1192/2012] a los órganos estatales, no es una facultad de naturaleza ejecutiva o de desarrollo de las bases estatales en materia de sanidad, sino, más propiamente, una función previa y coadyuvante al ejercicio por la Comunidad Autónoma de su competencia para el otorgamiento de la tarjeta sanitaria, que consiste en coordinar la información existente para hacer posible la acreditación de que el asegurado o beneficiario reúne en cada momento las condiciones subjetivas previstas en la legislación aplicable para tener acceso a las prestaciones contempladas en la norma”.

atribuyendo a este organismo “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”. Al igual que sucedía antes de la reforma, una vez reconocido el derecho, este se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes (las autonómicas) que, en el ejercicio de competencias ejecutivas, facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones sanitarias mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual (art. 3.bis.2 LCCSNS).

3.3. La extensión de la asistencia sanitaria a los extranjeros que se encuentren en España sin permiso de residencia (art. 3 ter LCCSNS)

El art. 1.3 del Decreto-ley 7/2018 modifica ampliamente el art. 3 ter LCCSNS sobre la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que se encuentren en España sin permiso de residencia. El apartado 1º de este precepto atribuye la titularidad del “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 art 3.1” a “las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España”⁹¹. Ahora bien,

⁹¹ En la sesión de convalidación del Decreto-ley 7/2018, la Sra. Angulo Romero, por el Grupo Parlamentario Popular, censura la decisión del legislador de reconocer de modo tan amplio el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular. Con esa norma, dice la Sra. Diputada, se pone “en peligro la sostenibilidad de una de las joyas de nuestro Estado del bienestar”, “se abre las puertas de España de par en par al turismo sanitario” y se origina “un peligroso efecto llamada hacia nuestro Sistema Nacional de Salud”. Presenta, incluso, algunos ejemplos que podrían darse con una norma que otorga un derecho de atención sanitaria de forma tan amplia: si “todas las personas que vengan a residir a España, por el hecho de ser ciudadanos y residir aquí tendrán derecho a la asistencia sanitaria. ¿También ese ciudadano rico americano que en su país no tiene derecho a unas prestaciones sanitarias y que conociendo la excelencia de nuestro sistema sanitario venga aquí, se empadrona y utilice unos servicios que luego no podremos cobrar porque, según la ministra, todo el que viva aquí tiene derecho a la sanidad?”. Continúa afirmando la Sra. Angulo que “si eso no es así, señora ministra, si usted ha puesto condiciones en el decreto para que eso

el apartado 2º del art. 3 ter LCCSNS condiciona el ejercicio del derecho a la atención sanitaria pública al cumplimiento de determinados requisitos que se expresan en sentido negativo:

- 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”.

Estos requisitos son prevenciones que tienen por objeto evitar un ejercicio indebido del derecho, aunque, por su redacción imprecisa, pueden dar lugar también a una interpretación restrictiva y limitadora del mismo. El precepto enumera unos requisitos para acceder al sistema sanitario público que obligan a las personas sin permiso de residencia a obtener determinados documentos para probar que no se encuentran en las situaciones descritas en la norma: acreditar que no se tiene la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía (cuál), o que no se puede exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia (cómo). En la mayoría de las ocasiones, las personas afectadas difícilmente podrán obtener los documentos y certificados correspondientes de los consulados en España o de las instituciones competentes de sus países de origen, máxime cuando han salido de estos países de forma irregular⁹².

no sea así cuando habla de terceros obligados al pago [en el apartado 2º], están ustedes mintiendo, entonces la asistencia sanitaria no es por condición de ciudadanía, entonces no es universal”. Cfr. el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ob. cit., pp. 39-40.

⁹² Coincido con lo manifestado en el Informe del colectivo *Yo Sí Sanidad Universal*, sobre *Valoración del “Real Decreto-Ley 7/2018...*, ob. cit., disponible en: <http://yosisanidaduniversal.net/noticias.php/valoracion-del-real-decreto-ley>, cuando se afirma que los requisitos mencionados “están redactados de manera negativa, esto es: no se enumera cómo y quién tiene derecho y cómo se le reconoce, sino que se enumera lo que tiene que probar la persona, en situación precaria, también administrativamente, para poder acceder al sistema. Hay una barrera de la prueba entre la persona y el acceso, y son pruebas que están en buena medida fuera del control de la persona”. En el informe se menciona la existencia de casos de exclusión de atención sanitaria de personas procedentes de Rumanía, Ma-

El nuevo art. 3 ter LCCSNS no exige para el acceso a la asistencia sanitaria pública por los extranjeros en situación irregular, como sucedía antes de la reforma del Decreto-ley 16/2012, el requisito del empadronamiento en el municipio en el que tuvieran su domicilio habitual. Condición, según veremos más adelante, que sí es requerida por algunas normas autonómicas, que, incluso, exigen estar empadronados en un municipio de la Comunidad Autónoma por un periodo de tiempo determinado, que puede ir de tres meses a un año. Como se ha puesto de manifiesto por el colectivo *REDER*, la exigencia del empadronamiento constituye “una barrera —estrictamente documental— insalvable para que muchas personas puedan disfrutar del derecho reconocido en la ley”. Por regla general, “la falta de un documento de identidad en vigor —algo habitual en personas que emprenden largos procesos migratorios—, la incapacidad de aportar un contrato de alquiler, el hecho de habitar infraviviendas o de tratarse directamente de personas sin hogar, les impide empadronarse”. Por ello, proponen como “medios alternativos y eficaces para probar que una persona vive efectivamente en España” “los certificados de escolarización de los hijos” o “las declaraciones responsables de vecinos”, aceptados, desde hace tiempo en algunas Comunidades Autónomas, como la Comunidad Foral de Navarra o la Comunidad Valenciana⁹³. Aun así, a los efectos de organizar territorialmente la atención sanitaria, entendemos que sería necesario también el empadronamiento en el municipio en el que tengan su residencia habitual.

La reforma del Decreto-ley 7/2018 ha suprimido del art. 3 ter LCCSNS el apartado relativo a la atención sanitaria pública a los extranjeros no residentes legalmente en los casos especiales de urgencia por enfermedad grave o accidente; de las mujeres embarazadas,

ruecos, Brasil, Argentina, e incluso de Italia, por la exigencia de pruebas que se erigen en “barreras infranqueables” para acceder al derecho. Para el colectivo, el precepto parece estar redactado más “para intentar frenar un turismo sanitario que, de existir, es de clase media-alta europea”, que para “garantizar el acceso de personas pobres sin papeles”. Por ello se propone sustituir la exigencia del certificado de no exportación del derecho por una declaración responsable de que no procede dicha exportación.

⁹³ Cfr. el Informe de la *Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER Es urgente garantizar la sanidad...*, ob. cit., disponible en: <https://reder162012.org/images/InformeOct2018/REDER-oct18-ESP.pdf>.

durante el embarazo, el parto y el postparto y de los menores de dieciocho años. Era una norma que contemplaba una atención mínima a colectivos de extranjeros especialmente vulnerables, cuya protección está reconocida en tratados internacionales suscritos por España. A priori podría parecer innecesaria la introducción de un apartado similar en el art. 3 ter LCCSNS, dada la amplitud con la que el art. 3.ter.1 LCCSNS formula la asistencia sanitaria pública para los extranjeros en situación irregular. Sin embargo, ante los requisitos restrictivos establecidos por el art. 3.ter.2 LCCSNS para hacer efectivo el ejercicio del derecho, consideramos que debería incluirse en dicho precepto (y no en una norma reglamentaria de desarrollo) un apartado que blinde legalmente la atención sanitaria a los extranjeros no residentes, en los casos especiales de urgencia por enfermedad grave o accidente, de las mujeres embarazadas y de los menores de dieciocho años. Más aun, cuando, en algunas Comunidades Autónomas, según se verá más adelante, con la redacción anterior del art. 3 ter, existían casos de facturas emitidas por atender a menores de edad y embarazadas, incluso en urgencias.

También convendría regular en el art. 3 ter LCCSNS (y no en una norma reglamentaria) la atención sanitaria a otros colectivos de extranjeros como las personas solicitantes de protección internacional y las víctimas de trata de seres humanos cuya permanencia y estancia en España hayan sido autorizadas por estos motivos⁹⁴.

El art. 3 ter LCCSNS, en su apartado 3^o⁹⁵, en coherencia con lo previsto fundamentalmente en la legislación europea, establece que la asistencia sanitaria a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España “no genera un derecho a la cobertura (...) fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos de las ad-

⁹⁴ Estas personas recibirán, mientras permanezcan en esa situación, la asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, regulada en el art. 8 bis LCCSNS. Actualmente su cobertura sanitaria está contemplada en las Disposiciones adicionales cuarta y quinta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. Disposiciones que estarían vigentes, dado que la Disposición derogatoria única del Decreto-ley 7/2018, establece que “En particular, quedan derogados los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, y 8 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto”.

⁹⁵ Por error tipográfico aparece publicado como 2º en el BOE.

ministraciones competentes, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas internacionales en materia de seguridad social aplicables”⁹⁶.

El apartado 4⁹⁷ del art. 3 ter LCCSNS se remite a las Comunidades Autónomas para que, “en el ámbito de sus competencias”, fijen “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”.

La “prestación asistencial” a los extranjeros en situación irregular a la que alude este precepto será la misma que la dispensada a los españoles, sin perjuicio de que pueda variar en función del contenido que tenga la cartera complementaria autonómica en la Comunidad Autónoma en la que residan. No obstante, de forma sorprendente y sin una razón determinada, la Disposición final segunda establece que para que este colectivo de personas pueda acceder a la lista de espera de trasplantes hay que esperar a que se dicte una orden ministerial, previo informe favorable del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en la que se establezcan “los requisitos y período mínimo para (...) acceder a la lista de espera”. Esta incierta Disposición final siembra la duda sobre si los extranjeros no residentes legalmente podrán ser incluidos en la lista de espera de trasplantes estableciendo unos requisitos y un período mínimo diferentes a los previstos para los españoles. Aunque ello sería contrario a lo establecido en el art. 3.ter.1 LCCSNS, que reconoce a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que

⁹⁶ Esta norma sobre la imposibilidad de exportar fuera del territorio nacional el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros sin permiso de residencia en España, sirve al Sr. Igea Arisqueta, del Grupo Parlamentario Ciudadanos, para afirmar en la sesión de convalidación del Decreto-ley 7/2018 en el Congreso, que dichas personas no son titulares del derecho en iguales condiciones que los españoles o los extranjeros comunitarios. Por ello, el Sr. Diputado, estando de acuerdo en que el derecho a la asistencia sanitaria debe ser un “derecho de ciudadanía” y que debe “haber una atención de calidad suficiente para todas las personas, incluidos los inmigrantes en situación irregular”, se dirige al Gobierno para que proponga en Europa “una política de migración común, que incluya también derechos comunes sanitarios para los inmigrantes en situación irregular”. Cfr. el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ob. cit., pp. 36-37.

⁹⁷ Por error tipográfico aparece publicado como 3º en el BOE.

los españoles, podría entenderse, según jurisprudencia constitucional (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4 y 95/2000, de 10 de abril, FJ 3), como una excepción a esa regla general y, por tanto, como una diferencia de trato entre españoles y extranjeros, introducida por el legislador en el ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria.

El art. 3.ter.4 LCCSNS habla de “documento certificativo” expedido por las Comunidades Autónomas para identificar a las personas extranjeras sin autorización de residencia. En consecuencia, estas personas no dispondrán de la “tarjeta sanitaria individual”, sino de un “documento certificativo” que les acredite el acceso al sistema sanitario público en la Comunidad Autónoma en la que tengan su residencia habitual. La norma cede, por tanto, a las Comunidades Autónomas la competencia para regular todo lo relativo a la solicitud y expedición de ese documento acreditativo. Competencia que ya venían ejerciendo, pues como se verá más adelante, la mayoría de ellas, al aprobar normas que extienden la atención sanitaria a los extranjeros residentes ilegalmente en España, habilitan un procedimiento para solicitar y emitir este tipo de documentos identificativos. Ahora bien, con esta medida se deja la puerta abierta a que las Comunidades Autónomas regulen de forma diferente los requisitos para solicitar y expedir los certificados identificativos de acceso al derecho de asistencia sanitaria, tal y como ha sucedido hasta ahora, quedando en agua de borrajas el objetivo perseguido por el Decreto-ley 7/2018 de homogeneizar y armonizar la diversa y fragmentada normativa autonómica, en aras de una mayor igualdad y seguridad jurídica.

De conformidad con lo previsto en el art. 3 bis LCCSNS, el Ministerio de Sanidad, las Comunidades Autónomas y los órganos competentes en materia de extranjería podrán tratar y comunicarse los datos necesarios para comprobar el reconocimiento del derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública de las personas extranjeras a quienes se expidan los documentos certificativos, sin su consentimiento. En este sentido, el art. 3.ter.5⁹⁸ LCCSNS reconoce que “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”.

⁹⁸ Por error tipográfico aparece publicado como 4º en el BOE.

El segundo inciso del apartado 4^o⁹⁹ del art. 3 ter LCCSNS contiene una norma imprecisa, ambigua y ubicada en un precepto inadecuado, ya que se refiere a personas extranjeras que se encuentran en situación de estancia temporal, mientras que el art. 3 ter LCCSNS versa sobre los extranjeros en situación administrativa irregular. Dice el segundo inciso del art. 3.ter.4 LCCSNS que en los casos de atención sanitaria a las personas extranjeras que “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”¹⁰⁰, será preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las comunidades autónomas”.

En primer lugar, hay que afirmar que no todas las personas extranjeras que se encuentran en el territorio español en situación de estancia temporal lo están en situación irregular, ya que, por regla general, han podido entrar en España con un visado de estancia por tres meses como turistas o estudiantes y con una cobertura sanitaria determinada. Como observa el colectivo *Yo Sí Sanidad Universal*, al amparo de esta norma, los servicios de salud de algunas Comunidades Autónomas están denegando la atención sanitaria a personas que están en situación irregular desde que llegaron al territorio español y no pueden acreditar por medio de pasaporte o de inscripción en el padrón municipal, al menos noventa días de estancia en España. La Administración autonómica considera que estas personas se encuentran en situación de estancia temporal, cuando realmente nunca lo han estado, llevando incluso en el país más de noventa días, aunque no puedan acreditarlo por las trabas impuestas por algunos Ayuntamientos para poder empadronarse¹⁰¹.

⁹⁹ Por error tipográfico aparece publicado como 3^o en el BOE.

¹⁰⁰ Cfr. los arts. 25.bis.1 y 2, sobre el visado de estancia y 30 LODYLE, sobre la situación de estancia.

¹⁰¹ *Vid.*, el Informe del colectivo *Yo Sí Sanidad Universal*, sobre *Valoración del “Real Decreto-Ley 7/2018...”, ob. cit.*, disponible en: <http://yosisanidaduniversal.net/noticias.php/valoracion-del-real-decreto-ley>, en el que se dice también que esa disposición de extranjería se está aplicando incluso a las excepciones que contemplaba el Decreto-ley 16/2012 como a los menores y mujeres embarazadas.

En segundo lugar, el art. 3.ter.4 LCCSNS, segundo inciso, exige para que las personas que estén en situación de estancia temporal (e irregular) puedan recibir atención sanitaria pública, la emisión obligatoria de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las Comunidades Autónomas. Según reconoce también el colectivo *Yo SÍ Sanidad Universal*, el informe puede ser un medio para “paliar una exclusión de facto”, pero “no es una garantía de protección” suficiente¹⁰². Por otro lado, se presume, a falta de mayores precisiones, que el informe de los trabajadores sociales valorará la situación concreta de las personas que se encuentren en una situación de vulnerabilidad socioeconómica.

¹⁰² *Ibíd.*

III. La constitucionalidad de la restricción del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación administrativa irregular introducida por el Decreto ley 16/2012, de 20 de abril: comentario crítico a la STC 139/2016, de 21 de julio¹⁰³

1. LA IMPUGNACIÓN DEL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La aprobación por el Gobierno del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril y las medidas urgentes que en él se introdujeron para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, en particular las que afectaban a la determinación subjetiva y objetiva del derecho a la asistencia sanitaria, dieron lugar en España, no solo a una crítica doctrinal, sino también a una reacción institucional que se manifestó, entre otras acciones, en la presentación por algunas Comunidades Autónomas de un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Decreto-ley 16/2012. Así lo hicieron el Parlamento de Navarra, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, el Gobierno del País Vasco, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y el Gobierno de Canarias. Los recurrentes, además de considerar que el Decreto-ley incumplía algunos de los requisitos establecidos en el art. 86.1 CE para la legislación de urgencia (el presupuesto de hecho habilitante y la afectación a materias prohibidas), alegaban, entre otros motivos de inconstitucionalidad, que la nueva regulación de la condición de

¹⁰³ Seguimos en este apartado las consideraciones contenidas en nuestro trabajo DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.: “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular: reflexiones críticas sobre la reciente jurisprudencia constitucional acerca de las restricciones introducidas por el Decreto ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 112, 2018, pp. 287-314.

asegurado o de beneficiario vulneraba el derecho a la protección a la salud del art. 43 de la CE, en relación con el derecho a la igualdad del art. 14 CE y el art. 10 CE, al limitar el derecho de acceso a la sanidad pública a determinados colectivos como el de los extranjeros en situación irregular¹⁰⁴.

El Defensor del Pueblo, sin embargo, consideró insuficientes los razonamientos contenidos en las ochenta solicitudes recibidas para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 1, apartados uno y tres, del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, al entender que no se vulneraban los arts. 10.2, 13.1, 14 y 43 CE¹⁰⁵. De modo sucinto, estos son algunos de los argumentos esgrimidos por el Defensor del Pueblo para justificar que no existían vicios de inconstitucionalidad sobre la norma invocada: a) que la asistencia sanitaria que corresponde dispensar al Sistema Nacional de Salud se configura como un derecho universal de todos los ciudadanos residentes en el territorio nacional, lo que no significa que haya de ser plenamente gratuita para sus beneficiarios; b) respecto de la restricción de la asistencia sanitaria pública a los extranjeros en situación administrativa

¹⁰⁴ El Parlamento de Navarra interpuso el recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 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 la Generalitat 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 fueron admitidos a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional, mediante las providencias de 16 de julio de 2012 (BOE de 24 de julio de 2012), de 13 de septiembre de 2012 (BOE de 21 de septiembre de 2012) y de 12 de febrero de 2013 (BOE de 22 de febrero de 2013).

¹⁰⁵ Véanse, al respecto, los FFJJ 3º, 4º y 5º de la *Resolución de 20 de julio de 2012, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra 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*, disponible en: <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Recursos/inconstitucionalidadPDFs/Resolucion.pdf>.

irregular, el Defensor del Pueblo da a entender que aquella está suficientemente cubierta a través de los tres supuestos especiales del art. 3 ter LCCSNS, disponiendo el legislador de libertad a la hora de regular los derechos y libertades de los extranjeros y de establecer diferencias de trato en su ejercicio respecto de los nacionales; c) que el modelo de la acción protectora del sistema sanitario no viene determinado en origen por la Constitución, sino que esta se remite al legislador para que la configure, disponiendo para ello de una amplia libertad; d) que el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE no es un derecho subjetivo en sentido estricto, sino que es uno de los principios rectores de la política social y económica¹⁰⁶.

A pesar de no presentar el recurso de inconstitucionalidad, el Defensor del Pueblo dirige al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad cinco recomendaciones relacionadas con colectivos en situación vulnerable y advierte de posibles incumplimientos por el Estado español de determinadas obligaciones derivadas de tratados internacionales suscritos por España¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Compartimos la opinión de SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia...”, ob. cit., p. 49, cuando afirma que de las justificaciones expuestas puede deducirse que el Defensor del Pueblo eludió pronunciarse sobre el tema concreto, abordando otras cuestiones que nada tenían que ver con la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular. Como señala esta autora, la posición del Defensor del Pueblo contrasta con la de las instituciones homólogas autonómicas que sí han realizado actuaciones dirigidas a las Administraciones autonómicas para que procuren atención sanitaria a los extranjeros en situación irregular (pp. 51-52). A estos efectos puede consultarse también el interesante monográfico sobre *Las urgencias hospitalarias en el Sistema Nacional de Salud: derechos y garantías de los pacientes*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/las-urgencias-hospitalarias-en-el-sistema-nacional-de-salud-derechos-y-garantias-de-los-pacientes-estudio-conjunto-de-los-defensores-del-pueblo-enero-2015>. Estudio elaborado, conjuntamente, por las instituciones españolas de Defensores del Pueblo: Defensor del Pueblo; Defensor del Pueblo Andaluz; Síndic de Greuges de Catalunya; Valedor do Pobo (Comunidad Autónoma de Galicia); Diputado del Común (Comunidad Autónoma de Canarias); Ararteko (Comunidad Autónoma del País Vasco); El Justicia de Aragón; Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana; Procurador del Común de Castilla y León y Defensor del Pueblo de Navarra.

¹⁰⁷ Recomendaciones que no fueron atendidas por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, como lo puso de manifiesto el Defensor del Pueblo en el *Informe anual 2013...*, ob. cit., pp. 263-264. Para CENTENERA SÁNCHEZ-

También ha acudido al Tribunal Constitucional el Gobierno de la nación impugnando, por ser contrarias a la legislación básica en materia de sanidad, normas autonómicas que han extendido el derecho a la asistencia sanitaria pública a colectivos que habían sido excluidos por el Decreto-ley 16/2012. Se trata del Decreto 114/2012, de 26 de junio, del Gobierno del País Vasco, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi; el Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, que establece el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral de Navarra; la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra; el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana; la Ley extremeña 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social y la Ley 9/2017, de 27 de junio, de universalización de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos mediante el Servicio Catalán de la Salud.

El Tribunal Constitucional ha resuelto los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por las Comunidades Autónomas en las siguientes decisiones: la STC 139/2016, de 21 de julio, para el del Parlamento de Navarra; la STC 183/2016, de 3 de noviembre, para el del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias; la STC 33/2017, de 1 de marzo, para el del Consejo de Gobierno de la Junta

SECO, Fernando: “Las acciones de las Defensorías del Pueblo sobre el acceso de inmigrantes en situación irregular a la asistencia sanitaria: a propósito de un análisis sobre racionalidad normativa”, *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad* (edit. Guillermo Escobar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 113-115, las cinco recomendaciones que el Defensor del Pueblo dirige al Gobierno y que este desoye anticipaban los efectos que podía causar el Real Decreto-ley 16/2012. Cfr. también sobre estos aspectos, DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.: “El Defensor del Pueblo ante la desigual protección del derecho a la salud de los inmigrantes en situación irregular en el Estado español”, *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad* (edit. Guillermo Escobar), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 196-199.

de Andalucía; la STC 63/2017, de 25 de mayo, para el del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña; la STC 64/2017, de 25 de mayo, para el del Gobierno vasco y la STC 98/2017, de 20 de julio, para el del Gobierno de Canarias. Respecto de las normas autonómicas impugnadas por el Gobierno, el Tribunal Constitucional ha resuelto los conflictos positivos de competencia planteados contra los decretos vasco y navarro en las SSTC 134/2017, de 16 de noviembre y 18/2018, de 22 de febrero y los recursos de inconstitucionalidad presentados contra el decreto-ley valenciano, la ley extremeña y la ley foral navarra en las SSTC 145/2017, de 14 de diciembre; 2/2018, de 11 de enero y 17/2018, de 22 de febrero, respectivamente¹⁰⁸. Del recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 9/2017, de 27 de junio, de universalización de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos mediante el Servicio Catalán de la Salud ha desistido el Gobierno y el Tribunal ha admitido el desistimiento y declarado extinguido el proceso en el ATC de 16 de octubre de 2018.

La STC 139/2016, de 21 de julio, es la que establece la doctrina jurisprudencial sobre el tema que aquí nos ocupa, remitiéndose a ella las otras decisiones en las que se habían invocado también los motivos de impugnación aludidos. En la STC 139/2016, de 21 de julio, el Parlamento Foral plantea dos bloques de impugnaciones. El primero está relacionado con la utilización del decreto-ley y la posible vulneración de algunos de los requisitos exigidos por el art. 86.1 CE: la no concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad y no respetar los límites materiales que el precepto constitucional impone a la legislación de urgencia, en particular la afectación a los derechos, deberes y libertades constitucionales y al régimen de las Comunidades Autónomas. El segundo tipo de impugnaciones, de carácter sustantivo, se refiere a la posible infracción por algunos artículos del Decreto-ley 16/2012 del derecho a la protección

¹⁰⁸ Previamente, el Tribunal Constitucional se había pronunciado sobre los incidentes de suspensión de las normas autonómicas, alzando esta, en los AATC 239/2012, de 12 de diciembre; 114/2014, de 8 de abril y 54/2016, de 1 de marzo, para el decreto vasco, la ley foral navarra y el decreto-ley valenciano, respectivamente. En el ATC 87/2013, de 23 de abril, el Tribunal acuerda no pronunciarse sobre el levantamiento o mantenimiento de la suspensión del Decreto Foral 117/2012, al considerar que había sido derogado expresamente por la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero.

de la salud del art. 43 CE. Así, se cuestiona la constitucionalidad de aquellas normas del Decreto-ley 16/2012 que alteran sustancialmente el sistema de protección de la salud dejando fuera de él a determinados colectivos como el de los nacionales mayores de veintiséis años y el de los extranjeros sin autorización para residir en España¹⁰⁹.

¹⁰⁹ También se dudaba de la constitucionalidad de algunas normas del Decreto-ley que modificaban la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud (art. 2); o las que establecían un sistema de aportaciones económicas en la prestación farmacéutica (art. 4). Otro precepto impugnado fue el art. 4.14, que afectaba a la regulación de un derecho fundamental, el de la protección de datos de carácter personal del art. 18.4 CE, al regular una materia relativa a la cesión de información tributaria sin consentimiento del interesado para su incorporación a la tarjeta individual sanitaria. Esta materia, según el Parlamento de Navarra, por estar relacionada con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal está vedada al decreto-ley y requiere ley orgánica. Igualmente fue impugnado el art. 2.5 por afectar al régimen de las Comunidades Autónomas, en particular, al limitar las competencias autonómicas para establecer la cartera de servicios complementaria. En opinión de la parte demandante, el precepto vulneraba las competencias de la Comunidad Foral de Navarra de desarrollo legislativo de las bases estatales derivado del art. 53 de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA), al exigir, en primer lugar, que para que las Comunidades Autónomas aprueben la cartera de servicios complementaria han de acreditar condiciones de suficiencia financiera en el marco del principio de estabilidad presupuestaria del art. 135 CE. Y en segundo lugar, al obligar a las Comunidades Autónomas a asumir con cargo a sus propios presupuestos todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria, sin que puedan introducir aportaciones de los usuarios (copago) en las prestaciones complementarias autonómicas que establezcan. BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes...”, ob. cit., pp. 200-201, considera también que el establecimiento de estos límites por el Decreto-ley 16/2012 son inconstitucionales por tratarse de una “invasión del nivel competencial de las Comunidades Autónomas en materia sanitaria y, por ende, de las prestaciones sanitarias”. En otras palabras, para este autor, se “limita la capacidad de desarrollo legislativo de las bases, que es competencia plena de las Comunidades Autónomas”. Sin embargo, no lo entenderá así el Tribunal Constitucional cuando, en la STC 139/2016, de 21 de julio (FJ 12), reconoce, de acuerdo con la STC 157/2011, de 18 de octubre, FJ 3, que el principio de estabilidad presupuestaria del art. 135 CE es “un mandato constitucional que, como tal, vincula a todos los poderes públicos y que por tanto, en su sentido principal, queda fuera de la disponibilidad —de la competencia— del Estado y de las Comunidades Autónomas”. “Por otra parte, la STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ a), recuerda que la imposición de límites presupuestarios a las Comunidades Autónomas (...) encuentra su fundamento en el límite a la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con

En este apartado trataremos de analizar, sin caer en “un emotivismo ético”¹¹⁰ ni en la denominada “ideología de los derechos”¹¹¹, la STC 139/2016, de 21 de julio, en lo que concierne a la cuestión de la vulneración del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE por la regulación restrictiva que de la condición de asegurado introduce el art. 1.1 del Decreto-ley 16/2012, al excluir de la asistencia sanitaria financiada con fondos públicos al colectivo vulnerable de los extranjeros sin autorización de residencia. No obstante, consideramos también de interés para el tema, referirnos previamente a dos cuestiones de las que se ocupa asimismo la STC 139/2016, y que están relacionadas con los requisitos exigidos por el art. 86.1 CE para dictar decretos-ley: 1^a) si se acredita de forma adecuada el presupuesto de hecho habilitante de la norma impugnada, esto es, la extraordinaria y urgente necesidad; 2^a) si la norma cuestionada excede de sus

la Hacienda estatal del art. 156.1 CE (...), límites de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas que han de reputarse constitucionales cuando se deriven de las prescripciones de la propia Constitución o de la ley orgánica a la que aquélla remite”.

¹¹⁰ En palabras del profesor y magistrado Luis María Díez-Picazo, pronunciadas en la Mesa de “Integración europea y derechos fundamentales”, del XIV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, celebrado en Bilbao, los días 4 y 5 de febrero de 2016. Nos proponemos interpretar las normas y decisiones judiciales desde el razonamiento jurídico y no guiados por el sentimentalismo, la moralidad o por la expresión de emociones, en un tema como el de los derechos sociales de los inmigrantes que puede prestarse a ello. Tampoco influidos exclusivamente por el “pietismo” o “por lo que nos pide el corazón”, en la terminología empleada por SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., “Inmigración: cabeza o corazón”, diario ABC, 4 de septiembre de 2015, p. 3, cuando, en relación con la retirada a los inmigrantes “ilegales” de la tarjeta sanitaria por el Decreto-ley 16/2012, reconoce que ha de combinarse “lo social-humano y lo económico”, “el pietismo y la racionalidad económica”, “el corazón y la cabeza”. En sentido similar se pronuncia LEONÉS SALIDO, José Manuel, *Inmigración irregular y Derechos Fundamentales. ¿hay límites.*, Bosch Editor, Barcelona, 2017, pp. 26 y 190-191, quien recopila el artículo de Sagardoy y DE LORENZO, Ricardo: “Asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares: sí, a la solidaridad, y no, a la demagogia”, *Redacción médica*, n° 2806, 24 de septiembre de 2015, disponible en: <http://www.redaccionmedica.com/lopinion/asistencia-sanitaria-a-los-inmigrantes-irregulares-si-a-la-solidaridad-y-no-a-la-demagogia-1910>.

¹¹¹ Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, “Prólogo”, al libro de Jesús M. Casal, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de investigación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 18.

límites materiales al afectar a la regulación de los derechos, deberes y libertades constitucionales de los ciudadanos, entre ellos el derecho a la protección de la salud¹¹².

2. EL PRESUPUESTO DE HECHO HABILITANTE DE LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD: LA INTERPRETACIÓN FLEXIBLE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO DEL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL

Con la finalidad de dar cumplimiento al requisito exigido en el art. 86.1 CE para aprobar un decreto-ley, la acreditación del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno explica en la exposición de motivos del Decreto-ley 16/2012 y en el trámite parlamentario de su convalidación las razones que le han llevado a adoptar las medidas reformadoras del sistema sanitario: ya sea la regulación de la condición de asegurado y con ella la restricción del derecho de asistencia sanitaria a determinados colectivos como los extranjeros en situación irregular o la solución al problema del turismo sanitario; ya sea la organización y gestión de los recursos humanos o la reestructuración de las prestaciones sanitarias, en particular la prestación farmacéutica. El Gobierno invoca, de forma sintética, una justificación basada en motivos exclusivamente económicos que, con carácter general, se aplica a todas las medidas reformadoras

¹¹² En este sentido, el Tribunal, de forma sistemática, examina primero los reproches de constitucionalidad relativos al art. 86.1 CE, y lo hace respecto de aquellos preceptos concretos de la norma de urgencia que han sido impugnados y que se ha aportado una fundamentación suficiente (FJ 2). Así, el Tribunal comprueba, en primer lugar, si en los preceptos recurridos del Decreto-ley 16/2012 concurre el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad (FFJJ 4 y 5) y, en segundo lugar, si dichos preceptos vulneran los límites materiales impuestos por el art. 86.1 CE, comenzando con el análisis de la prohibición de afectación a los derechos y libertades reconocidos en el título I CE (FJ 6). Una vez resueltas las tachas relacionadas con el art. 86.1 CE, el Tribunal pasa a examinar los reproches materiales formulados contra algunos de los preceptos del Decreto-ley 16/2012: los relativos a la infracción del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE (FFJJ 8 a 10), del sistema de distribución de competencias (FJ 12) y de la reserva de ley orgánica del art. 81 CE (FJ 11).

introducidas en el Decreto-ley y que, a su juicio, es suficiente para demostrar la conexión que ha de existir entre la situación de urgencia y las concretas medidas que se acometen. Exponemos a continuación, por el interés que tiene, extractos de la exposición de motivos y del debate parlamentario de convalidación del Decreto-ley 16/2012, en los que se recogen expresamente algunos de los argumentos aportados por el Gobierno que podrían ser aplicados a la medida de la necesaria regulación de la condición de asegurado y a su consecuencia de la restricción del derecho de asistencia sanitaria al colectivo de los extranjeros en situación irregular.

En primer lugar, en relación con el preámbulo del Decreto-ley, se describe la situación en la que se encuentra el Sistema Nacional de Salud y alguna de sus causas: “la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, el crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica y la propia falta de rigor y énfasis en la eficiencia del sistema han conducido al Sistema Nacional de Salud a una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación. Se ha perdido eficacia en la gestión de los recursos disponibles, lo que se ha traducido en una alta morosidad y en un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias. Se hace, pues, imprescindible la adopción de medidas urgentes que garanticen su futuro y que contribuyan a evitar que este problema persista” (apartado I). La necesidad de adoptar estas medidas por motivos económicos se reitera en el apartado II: “las medidas que se aplican en el presente real decreto-ley tienen 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, lo que hace necesario que éstas se apliquen con la mayor urgencia posible. Se hace preciso, en el actual contexto socioeconómico, que dichas medidas se materialicen en un instrumento normativo de efecto inmediato que dé respuesta, sin demora, a las demandas internas de mejora de la equidad que exige la ciudadanía, de eficiencia que exige el Tribunal de Cuentas y de seguridad que exige el sector sanitario, y a las externas de transparencia y viabilidad que exige la Unión Europea”. Antes de este párrafo y en relación con el Tribunal de Cuentas, se dice también que: “a la vista de los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, resulta impres-

cindible regular, sin más demora, la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.”. Y en el apartado III, también respecto de la intervención del Tribunal de Cuentas, se afirma que esta institución “ha 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 privados, lo cual está erosionando enormemente su capacidad financiera e impidiendo que sus gestores puedan seguir realizando mejoras en los servicios. Se impone, pues, una clarificación armonizada de la condición de asegurado...”.

En segundo lugar, respecto del debate parlamentario de convalidación del Decreto-ley 16/2012, la Sra. Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad reitera prácticamente lo expuesto en el preámbulo de la norma sobre la reforma sanitaria, abundando en el problema del turismo sanitario¹¹³. Así, afirma: “Señorías he tratado de exponer brevemente a la Cámara los puntos más importantes de este real decreto-ley. Una reforma que tiene tres objetivos fundamentales: el primero, garantizar la sostenibilidad de un Sistema Nacional de Salud cuya deuda, más aún en este contexto de crisis, se ha vuelto insostenible; el segundo, actuar con urgencia y determinación para impedir que la situación económica del Sistema Nacional de Salud se volviese irreversible, y el tercero, preservar y garantizar el derecho de todos los españoles a una sanidad pública, universal, gratuita y de la máxima calidad. Sin duda, el último de estos objetivos es el más importante y es el que nos ha movido a elaborar este real decreto-ley, pero también les diré que los dos primeros se vuelven condición *sine qua non* para lograrlo”. La Sra. Ministra señaló también que la “falta

¹¹³ La intervención de la Sra. Ministra puede verse en los debates parlamentarios para la convalidación 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 (Número de expediente 130/000017). *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n° 31, de 17 de mayo de 2012, correspondiente a la Sesión Plenaria, n° 30, de 17 de mayo de 2012, p. 58, disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/IDS/PL/PL_031.PDF).

de adaptación de la legislación española a la normativa europea ha abierto las puertas a los abusos del llamado turismo sanitario (...) y ha ocasionado gastos indebidos por valor de más de 1.000 millones de euros en un solo ejercicio económico, en el año 2009”. En relación con este asunto, y aludiendo particularmente a los extranjeros comunitarios y al fenómeno del turismo sanitario, reconoció la Sra. Ministra, remitiéndose también a los informes del Tribunal de Cuentas, que las medidas propuestas tendrán por objeto “evitar el descontrol que suponía que cualquier persona, sin concurrir los requisitos legales y por el mero hecho de empadronarse en nuestro país, tuviese acceso a la tarjeta sanitaria. Esto es lo que ha permitido, entre otras cosas, que determinadas personas viajasen a nuestro país a sacarse la tarjeta sanitaria, volviesen al suyo para operarse, por ejemplo, y la sanidad española se hiciera cargo de pagar esa operación”. En el debate posterior que siguió a su intervención inicial, la Sra. Ministra insistió en la imposibilidad de equiparar los derechos de las personas que se encuentran en nuestro país en situación legal con los de aquellas otras que están en situación irregular, indicando además que “la atención que se presta en otros países europeos a las personas que no tienen cobertura sanitaria es infinitamente menor que la que se va a prestar en España”. Concluye la Sra. Ministra diciendo que “lo que en definitiva hace este decreto es corregir una práctica de concesión de la tarjeta sanitaria sin más, que ha provocado que la sanidad pública tenga que pagar independientemente el derecho y que también se pueda pagar esa sanidad en otros países”.

Como ya se ha expuesto anteriormente¹¹⁴, para justificar la nueva regulación de la condición de asegurado por la reforma del Decreto-ley 16/2012, que conlleva la restricción del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular, el Gobierno invoca los problemas relacionados con el turismo sanitario puestos de manifiesto también en informes emitidos por el Tribunal de Cuentas. Ahora bien, el Tribunal de Cuentas en el *Informe de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social*, aprobado por el Pleno el 29 de marzo

¹¹⁴ En el apartado 2.2 de este trabajo.

de 2012, incluso cuando alude a los casos fraudulentos de obtención de la Tarjeta Sanitaria Europea por “personas extranjeras sin recursos económicos suficientes”, no se refiere a la necesidad de restringir el derecho a la asistencia sanitaria pública al colectivo vulnerable de los inmigrantes en situación irregular. Son dos problemas diferentes que no conviene mezclar: la atención sanitaria pública a los extranjeros en situación irregular que carecen de medios económicos suficientes y la asistencia sanitaria a los extranjeros comunitarios o no que, poseyendo recursos económicos suficientes o de otra cobertura sanitaria en su país de origen, obtienen aquella por procedimientos irregulares o por problemas de gestión del sistema sanitario español.

En el caso resuelto por la STC 139/2016, el Parlamento de Navarra alega en su demanda que algunos preceptos del Decreto-ley 16/2012 no cumplen con uno de los requisitos exigidos por el art. 86.1 CE, el presupuesto de hecho habilitante de la norma sobre la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad. Para el Parlamento Foral, la utilización del decreto-ley por el Gobierno obedece a problemas de gestión sin que se acreditan “unas circunstancias extraordinarias, imprevisibles y urgentes (...), ni tampoco (...) una conexión de sentido o relación de adecuación entre esa situación y las medidas que se adoptan”. El “objetivo fundamental de la norma es afrontar una reforma estructural [no coyuntural] del Sistema Nacional de Salud (...) con visos de permanencia”, basándose para ello en “consideraciones sumamente generales”¹¹⁵.

El Tribunal Constitucional examina la cuestión sobre la concurrencia o no del presupuesto de hecho habilitante en los FFJJ 3 a 5. Antes de ello, precisa que, a pesar de lo que se afirma en la demanda (“que, en algunos puntos, carece de una fundamentación suficiente”), “la vulneración del art. 86.1 CE no se razona respecto a toda la nor-

¹¹⁵ Así lo deduce la parte recurrente de la memoria del Decreto-ley 16/2012, de su exposición de motivos y del debate parlamentario de convalidación. En concreto, se indica que “en toda la tramitación seguida para la aprobación de la norma no se da ninguna explicación sobre las modificaciones que se abordan y que implican la exclusión de los extranjeros sin recursos que viven en España, aunque sin autorización para residir, para acceder a la asistencia sanitaria pública”. También se dice “las medidas que se adoptan para conseguir los objetivos perseguidos (...) se demoran más de tres meses” (Antecedente 2, b).

ma, sino exclusivamente en relación con los concretos preceptos que han sido recurridos”. De ahí que “el análisis se centre básicamente en los artículos objeto de impugnación”¹¹⁶ (FJ 2).

El Tribunal resume y sistematiza, en el FJ 3, los aspectos esenciales de la doctrina fijada sobre el sentido y alcance del presupuesto legitimador de la extraordinaria y urgente necesidad del decreto-ley:

- 1º) El concepto de extraordinaria y urgente necesidad no es “una cláusula o expresión vacía de significado”, sino que es “un límite jurídico a la actuación [del Gobierno] mediante decretos-leyes”, razón por la cual, el Tribunal puede, “en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada”.
- 2º) La apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad “constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno y al Congreso”. Al Tribunal le corresponde un control jurídico externo de ese juicio político o de oportunidad, sin sustituirlo, ni “suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales decretos-leyes”.
- 3º) La situación “de extraordinaria y urgente necesidad” ha de ser definida por los órganos políticos de forma “explícita y razonada”.
- 4º) Ha de existir también “una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan”, cuya constatación corresponde al Tribunal.
- 5º) La definición expresa de la situación de la extraordinaria y urgente necesidad no es necesario que se contenga “siempre en el propio Real Decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos (...) que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de

¹¹⁶ El art. 1.1 del Decreto-ley y, por conexión, el art. 1.2 y la Disposición transitoria primera, preceptos que modifican la regulación de la Ley 16/2003 e introducen los conceptos de asegurado y beneficiario de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos.

la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma”.

- 6º) Para valorar la existencia de la conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que se adoptan en el decreto-ley el Tribunal acude a un doble criterio: “el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas” en dicha norma.
- 7º) El Tribunal, sobre el uso del decreto-ley por el Gobierno en situaciones que ha denominado como “coyunturas económicas problemáticas”, establece que la norma es “un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro que subvenir a situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes”.
- 8º) Una “reforma estructural” (como sucede en el caso examinado con el Sistema Nacional de Salud) “no impide, por sí sola, la utilización de la figura del decreto-ley, pues el posible carácter estructural del problema que se pretende atajar no excluye que dicho problema pueda convertirse en un momento dado en un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad, que justifique la aprobación de un decreto-ley, lo que deberá ser determinado atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso”.

De acuerdo con estas consideraciones, que comportan una interpretación flexible del Tribunal sobre el presupuesto de hecho habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, podría anticiparse ya que el Tribunal iba a reconocer, en el supuesto enjuiciado, su concurrencia y, por tanto, la no vulneración del art. 86.1 CE.

En efecto, en el presente caso, el Tribunal Constitucional, para comprobar si concurre el requisito de la extraordinaria y urgente necesidad, analiza, en el FJ 4, dos de los elementos ya mencionados: 1º) la presentación explícita y razonada de los motivos invocados por el Gobierno para aprobar el decreto-ley, atendiendo para ello a la exposición de motivos de la norma, al debate parlamentario de convalidación y, en su caso, al expediente de elaboración; 2º) la existencia

de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y las medidas concretas adoptadas para afrontarla¹¹⁷.

1º) En relación con los motivos aludidos por el Gobierno para aprobar el Decreto-ley 16/2012, el Tribunal examina, en primer lugar, la exposición de motivos de la norma, extrayendo de su texto algunos párrafos que, a su juicio, explicitan de forma suficiente las razones que justifican la extraordinaria y urgente necesidad. Así, el Tribunal reconoce que en el preámbulo del Decreto-ley se ofrece una justificación general para reformar el Sistema Nacional de Salud: “la existencia de una situación de grave dificultad económica en el Sistema Nacional de Salud sin precedentes desde su creación, con una alta morosidad y un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias”. El Tribunal considera, además, que el Gobierno aporta en el preámbulo dos argumentos concretos: el primero, la necesidad de regular, “sin más demora, la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”. Así se desprende de algunos “informes emitidos por el Tribunal de Cuentas”. El segundo, “que las Comunidades Autónomas han extendido el derecho de cobertura sanitaria de forma diversa y sin tener en cuenta la legislación europea en materia de aseguramiento, poniendo en riesgo la solvencia del propio Sistema Nacional de Salud y abocándolo a procedimientos de infracción por parte de la Comisión Europea”¹¹⁸.

¹¹⁷ Elementos de análisis del presupuesto de hecho habilitante a los que se remite también la STC 183/2016, de 3 de noviembre (FJ 2), en el caso del recurso de inconstitucionalidad presentado contra el Decreto-ley 16/2012 por el Consejo de Gobierno de Asturias.

¹¹⁸ Se citan aquí el Dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea, en el que se “ha puesto de manifiesto la fragilidad del mecanismo de reconocimiento del derecho a la protección de la salud en nuestro país”; el Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social y el Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación. Se menciona también la deficiente trasposición de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, circunstancia que supone “un grave perjuicio económico

En segundo lugar, respecto al debate de convalidación del Decreto-ley 16/2012, el Tribunal Constitucional admite también que en él se recogen algunas razones que acreditan la extraordinaria y urgente necesidad en la aprobación de la norma. Concretamente, en la intervención en el Pleno del Congreso de los Diputados de la Sra. Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, cuando afirma que “la reforma trata de hacer frente a una situación excepcional, actuando con urgencia y determinación para impedir que la situación económica del Sistema Nacional de Salud se vuelva irreversible”. En este sentido, el Tribunal entiende que la Sra. Ministra insistió en “tres factores que configurarían el presupuesto habilitante”: 1º) “una situación de especial relevancia y gravedad que afecta a la sostenibilidad y la viabilidad económica del Sistema Nacional de Salud y que requiere una reforma estructural de amplio alcance que debe abordarse con carácter inaplazable e inminente”; 2º) “la ausencia de normas claras respecto a la universalización de la asistencia sanitaria en todo el territorio español y de los procedimientos para hacerla efectiva”; 3º) “la falta de adaptación de la legislación española a la normativa europea”, que “ha abierto las puertas a los abusos del llamado turismo sanitario”¹¹⁹.

para España, especialmente en cuanto a la imposibilidad de garantizar los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos”. Considero que la cita de estas normas tienen que ver más con otro problema que afectaba también al Sistema Nacional de Salud, el del turismo sanitario, al que hacía referencia también el Tribunal de Cuentas cuando ponía 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”. *Vid.* lo expuesto *infra* sobre el régimen jurídico aplicable a los extranjeros procedentes de países miembros de la Unión Europea.

¹¹⁹ En relación con ello, continúa diciendo el Tribunal, que la Sra. Ministra afirmó en su intervención “que las medidas propuestas mejoran los procedimientos para el acceso a la asistencia sanitaria “para evitar el descontrol que suponía que cualquier persona, sin concurrir los requisitos legales y por el mero hecho de empadronarse en nuestro país, tuviese acceso a la tarjeta sanitaria. Esto es lo que ha permitido, entre otras cosas, que determinadas personas viajasen a nuestro país a sacarse la tarjeta sanitaria, volviesen al suyo para operarse, por ejemplo, y la sanidad española se hiciera cargo de pagar esa operación”. (...) “Abundando en el abuso que ha representado el llamado turismo sanitario [“que ha ocasionado gastos indebidos por valor de más de 1.000 millones de euros en un solo ejercicio económico, en el año 2009 (...); que unos 676.000 ciudadanos europeos han accedido a la tarjeta sanitaria sin derecho a ella, las medidas incluidas en

Es en el debate posterior a la intervención inicial de la Sra. Ministra cuando esta afirma que no se pueden “equiparar los derechos de las personas en situación de legalidad con los de aquellas que están en situación irregular” y que “la atención que se presta en otros países europeos a las personas que no tienen cobertura sanitaria es infinitamente menor que la que se va a prestar en España”.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Constitucional concluye, en el FJ 5, que de la exposición de motivos de la norma cuestionada y del ulterior debate parlamentario de convalidación, “el Gobierno ha cumplido la exigencia de explicitar y razonar de forma suficiente, la existencia de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” que fundamenta la necesidad de dictar el Real Decreto-ley 16/2012” y las medidas inmediatas introducidas en él. Apostilla el Tribunal, tal y como había reconocido el Abogado del Estado¹²⁰, que “en nada afecta a la anterior consideración el hecho de que, en todo o en parte, pudiera pretenderse resolver una situación de carácter estructural y no coyuntural, pues ya hemos indicado que eso no es, por sí mismo, determinante para estimar que se haya hecho un uso constitucionalmente inadecuado de la figura del decreto-ley”.

2º) Por lo que se refiere a la existencia del segundo elemento necesario para comprobar si concurre el presupuesto de hecho habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, es decir, la necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y las medidas concretas

este ámbito supondrán un ahorro aproximado de 917 millones de euros”], la Sra. Ministra se remitió a los informes del Tribunal de Cuentas, y expuso que el sistema sanitario español estaba asumiendo indebidamente, con cargo a sus presupuestos, la asistencia sanitaria de personas que ya la tenían cubierta, bien por sus instituciones de Seguridad Social en su país de origen, o bien por un esquema de seguros privados. Este hecho se ha ocasionado por no haberse incorporado al Derecho español el art. 7 de la Directiva 2004/38/CE”. Vuelve a mencionarse el problema del turismo sanitario, como justificación de la extraordinaria y urgente necesidad en la aprobación del Decreto-ley, que es distinto al de la privación de la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular.

¹²⁰ Que opinaba igualmente que no se había infringido el art. 86.1 CE por falta del presupuesto habilitante del Decreto-ley, ya que “los órganos políticos han cumplido con la exigencia de exteriorizar las razones de urgencia que legitiman la utilización de esta figura normativa” (Antecedente 6, b).

adoptadas para subvenir a ella, el Tribunal Constitucional, analiza, en el FJ 5, el contenido de las medidas, la relación que tienen con la situación excepcional que se aborda y si estas exigen una acción normativa inmediata.

El Tribunal precisa que el examen de este elemento ha de realizarse en relación con el contenido positivo del precepto (el art. 1 del Real Decreto-ley 16/2012, que modifica el art. 3 de la Ley 16/2003), con independencia de que su regulación, como alega la parte recurrente, excluya de la asistencia pública sanitaria a algunos españoles y a los extranjeros empadronados que no posean una autorización de residencia.

El Tribunal concluye que la regulación contenida en el precepto examinado es una opción seguida por el Gobierno para, “en aras al ahorro de costes y a la mejora de la eficiencia del sistema”, delimitar el ámbito subjetivo del derecho a la atención pública sanitaria, concretando “los sujetos que tienen la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud” y definiendo, “dentro de este ámbito, aquellos colectivos que quedan extramuros de la asistencia sanitaria”. En consecuencia, el Tribunal considera que las normas que regulan la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud son coherentes y congruentes con los problemas que tratan de solucionar; son normas que guardan una “relación directa con la situación que se trata de afrontar, de modo que existe conexión de sentido entre la situación de urgencia, derivada de las dificultades por las que atraviesa el sistema sanitario público, y la medida adoptada, en cuanto que persigue la reducción de los gastos que se financian con cargo a dicho sistema y se relaciona, por tanto, con su sostenibilidad”. Por todo ello, el Tribunal considera que el motivo de inconstitucionalidad que esgrime la parte recurrente ha de ser desestimado.

Según ya hemos manifestado, era fácilmente previsible la decisión que adoptaría el Tribunal Constitucional sobre la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, al que se refiere el art. 86.1 CE. Sobre todo, si tenemos presente la interpretación flexible que ha realizado el Tribunal de este requisito y los pocos decretos-leyes que, hasta la fecha, han sido declarados

inconstitucionales por falta del presupuesto de hecho habilitante¹²¹. Y es que la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad queda a la libre discrecionalidad política del Gobierno y del Congreso, limitándose el control jurídico externo del Tribunal a los casos de uso abusivo o arbitrario por aquellos órganos de la definición y justificación del presupuesto habilitante¹²². De ahí que con la doctrina fijada por el Tribunal sobre este requisito del art. 86.1 CE siga abierta la vía para un amplio e incorrecto uso del decreto-ley¹²³, que se ha visto potenciada en los últimos años al acudir de forma frecuente y reiterada a la situación de crisis económica como justificación de la extraordinaria y urgente necesidad. Situación que ha sido también declarada válida en numerosas decisiones del Tribunal. Por ello, ha de llamarse la atención, una vez más, que para que el Gobierno apruebe un decreto-ley es preciso que motive la situación de la extraordinaria y urgente necesidad y que esa motivación sea suficiente; sin aludir, sin mayor precisión o en pocas líneas y de forma genérica, a la crisis económica.

En nuestra opinión¹²⁴, en el supuesto examinado, el Gobierno ofreció un razonamiento somero, general e insuficiente, basado en razones ligadas a la crisis económica pero sin la motivación suficiente; sobre todo, respecto de la medida concreta aprobada por el Decreto-ley de regulación de la condición de asegurado y de exclusión de la atención sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular sin recursos económicos. Así puede deducirse de la exposición de motivos y del debate de convalidación de la norma, en el que la Sra. Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad justifica la reforma de la regulación de la condición de asegurado basándose, entre otros motivos,

¹²¹ Datos que pueden ser consultados en el anexo del documentado trabajo de MARTÍN REBOLLO, Luis: "Uso y abuso del Decreto-Ley...", ob. cit. y en HERNÁNDEZ RAMOS, Mario: "La respuesta del Tribunal Constitucional a los Decretos-Leyes...", ob. cit., pp. 141-142.

¹²² Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, *Uso y abuso del decreto-ley...*, ob. cit., p. 71-86; DE LA IGLESIA CHAMORRO, Asunción, "Los Decretos-leyes autonómicos en España...", ob. cit., pp. 72-74, y GONZÁLEZ GARCÍA, Ignacio, "La trascendencia constitucional del deficiente control ...", ob. cit., p. 10, sobre el carácter laxo del control de constitucionalidad acerca del presupuesto de hecho habilitante y la evolución jurisprudencial de esta doctrina.

¹²³ *Vid.* MARTÍN REBOLLO, Luis, "Uso y abuso del Decreto-Ley...", ob. cit., p. 24.

¹²⁴ DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.: "El derecho a la protección de la salud...", ob. cit., pp. 296-297.

en el problema del turismo sanitario que, efectivamente, había que solucionar, pero que no tenía que afectar al colectivo especialmente vulnerable de los extranjeros en situación administrativa irregular¹²⁵. Sin embargo, hemos podido comprobar cómo el Tribunal, en la sentencia analizada, siguiendo la interpretación flexible que viene realizando sobre el presupuesto legitimador del decreto-ley, considera, en primer lugar, que el Gobierno ha aportado razones explícitas y suficientes que justifican la extraordinaria y urgente necesidad y, en segundo lugar, que ha existido, además, una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas adoptadas en la norma¹²⁶. Por otro

¹²⁵ A ello ha de añadirse también que el Decreto-ley 16/2012 se aprobó sin hacer pública la memoria económica que lo acompañaba. De ahí la dificultad de conocer la valoración que hizo el Gobierno del gasto que se ahorra con algunas de las medidas adoptadas, como sucede con la de retirada de la tarjeta sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular. El Gobierno ha manejado cifras diferentes sobre el número de tarjetas sanitarias retiradas (676.000, 750.000, 873.000) y el ahorro económico que conlleva dicha medida (500 o 917 millones de euros). Datos tomados del debate parlamentario de convalidación del Decreto-ley 16/2012 y del Programa Nacional de Reformas. Reino de España, 2013, pág. 113, disponible en: <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/29B5272B-EC30-478C-80F2-B29D675CD4E7/0/IPNREspa%C3%B1a2013.pdf>. Ahora bien, ese número de tarjetas sanitarias dadas de baja comprendía no solo las de los inmigrantes en situación irregular empadronados, la mayoría de ellos sin recursos económicos, sino también las de los extranjeros comunitarios, con recursos y otros seguros de cobertura médica. El Gobierno no ha desglosado el número de tarjetas de cada uno de esos grupos de personas.

¹²⁶ Discrepa, sin embargo, de esta posición el magistrado Valdés Dal-Ré, en el Voto particular que presenta a la sentencia, cuando reconoce que no existe una conexión de sentido entre las finalidades perseguidas por la norma de urgencia y las medidas adoptadas. La sentencia intenta justificar esa relación de congruencia con fundamento en genéricas motivaciones (la crisis económica, la aplicación del derecho comunitario y las recomendaciones del Tribunal de Cuentas) formuladas en las fuentes de conocimiento para la reforma del Sistema Nacional de Salud. En relación con “las dificultades económicas y la necesidad de racionalizar los costes”, el magistrado disidente, considera que “las fuentes de conocimiento no ofrecen ni estimación ni explicación siquiera, incluso somera y general, del impacto y de la cuantía de la reducción del gasto que pueden generar esas concretas medidas” (I.3). El magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, en su Voto particular, también entiende que no existe la debida conexión de sentido entre la situación de urgencia invocada por el Gobierno para dictar el decreto-ley y las medidas que establecen los preceptos impugnados, particularmente los que introducen la limitación de acceso a las prestaciones sanitarias públicas para los extranjeros en situación administrativa irregular. Para el magistrado Xiol Ríos,

lado, el Tribunal elude pronunciarse sobre la concurrencia del presupuesto de hecho legitimador de la norma en relación con la medida de exclusión de la asistencia sanitaria pública a los extranjeros empadronados que no posean una autorización de residencia¹²⁷. Y es que

la medida limitadora que se aplica a este colectivo “no es adecuada para corregir ni los problemas originados por el “turismo sanitario” ni soluciona los problemas que pueden plantear la asistencia sanitaria a las ciudadanos comunitarios”; finalidades que justifican la situación de urgencia para dictar el decreto-ley.

¹²⁷ Frente al argumento económico de reducción del gasto sanitario para justificar la medida de exclusión de la asistencia sanitaria pública a los extranjeros sin recursos que carezcan de permiso de residencia se habían expuesto también razones económicas. Así se afirmaba que el coste económico no podía ser excesivo pues estábamos ante un colectivo de personas que no era muy amplio, que estaba disminuyendo progresivamente por la falta de empleo y que era una población mayoritariamente joven y sana. Circunstancias que hacían que los inmigrantes en situación irregular que estaban empadronados en España no utilizaran con demasiada frecuencia los servicios sanitarios. Pero es que incluso la medida podría dar lugar al efecto contrario del perseguido por el decreto-ley, esto es, al aumento del gasto sanitario, ya que como ponían de manifiesto algunos expertos consultados por la Agencia *Europa Press*, la falta de atención y seguimiento médico de algunas personas que padecían patologías crónicas como la diabetes o la hipertensión, podrían derivar en infartos o comas diabéticos que exigirían ingresos hospitalarios por la vía de urgencias, siendo esta atención mucho más cara que la atención primaria (información disponible el 24 de abril de 2012 en: <http://www.europapress.es/>). También BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes...”, ob. cit., p. 195, indicaba que la falta de asistencia sanitaria en atención primaria podía incrementar “el riesgo de focos de enfermedades infecciosas, pudiendo ocasionar serios problemas de salud pública” y el aumento de costes cuando algunas enfermedades infectocontagiosas, como la tuberculosis, entrasen en fase grave y se acometiera un tratamiento tardío. En sentido similar se manifiesta SOBRINO GUIJARRO, Irene, “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., p. 153. Ideas que se mencionan también por el señor Fernández Díaz, del Grupo Parlamentario Socialista, en la sesión de convalidación del Decreto-ley 7/2018, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ob. cit., p. 39, que añade además que “una atención sanitaria que no es integral, que no es completa, no sirve”. El Defensor del Pueblo, en la *Resolución de 20 de julio de 2012, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad...*, ob. cit., se hacía eco igualmente de algunos de estos problemas al afirmar, de acuerdo con la opinión de la Organización Mundial de la Salud, que la prestación de la “atención sanitaria básica tendría consecuencias prácticas relevantes: en términos de salud pública, porque se conseguirán más garantías de protección para el resto de la sociedad en relación con enfermedades infecto-contagiosas potencialmente transmisibles; en términos organizativos, porque se evitaría el colapso de los servicios de urgencia; y

esta medida, según el Tribunal Constitucional, no se contempla en el contenido positivo del precepto impugnado —que es el que examina el Tribunal—, cuya elaboración está dentro del margen que tiene el Gobierno para delimitar el ámbito subjetivo del derecho a la atención sanitaria pública, incluyendo a unos sujetos y excluyendo a otros.

3. EL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, NO INFRINGE EL LÍMITE MATERIAL DEL ART. 86.1 CE DE NO AFECTACIÓN AL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL ART. 43 CE, POR TRATARSE DE UN PRINCIPIO RECTOR Y NO DE UN DERECHO SUBJETIVO, AUNQUE REGULE ALGUNOS DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES

Otra infracción que, relacionada con el art. 86.1 CE, alega el Parlamento de Navarra es que algunos de los preceptos del Decreto-ley 16/2012 exceden de los límites materiales que la norma constitucional impone al decreto-ley, al afectar a los derechos y libertades de los ciudadanos reconocidos en el Título I de la CE¹²⁸.

por último, en términos de eficiencia económica, porque disminuiría el gasto mayor que supone derivar toda la atención sanitaria a los dispositivos urgentes, siempre más caros que la atención primaria o la prevención”. De ahí las recomendaciones que se formulan al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: 1ª) “Que se adopten las medidas complementarias necesarias que aseguren la coherencia global del Sistema Nacional de Salud, de modo que se produzca el acceso efectivo a la protección de la salud para colectivos en situación vulnerable, que han quedado excluidos del concepto de asegurado o beneficiario..” y 2ª: “Que se dicten instrucciones acordadas en el marco del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a fin de habilitar la adecuada atención de aquellas personas con padecimientos graves, para evitar la posible responsabilidad de España por el incumplimiento de obligaciones internacionales...”. El Tribunal Constitucional, en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, en el que acuerda levantar la suspensión de algunos de los preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, del Gobierno vasco, alude asimismo a la importancia singular que en el marco constitucional tienen los derechos a la salud y a la integridad física de las personas afectadas, así como “la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad”; importancia que no puede verse desvirtuada por un eventual ahorro económico (FJ 5).

¹²⁸ Reproche que, en opinión del Tribunal, se formula por el recurrente “mínimamente argumentado”, en relación con el art. 43 CE (FJ 6).

Para el Parlamento Foral, la introducción en el art. 1.1 (y por conexión el art. 1.2 y la Disposición transitoria primera) del Decreto-ley 16/2012 de la condición de usurario y beneficiario del Sistema Nacional de Salud para acceder a la asistencia sanitaria pública, dejando fuera a los extranjeros en situación administrativa irregular, es un elemento esencial del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE que no puede ser regulado por decreto-ley. Ello constituye una infracción de la limitación establecida en el art. 86.1 CE, en lo que se refiere a la prohibición de afectar a los elementos esenciales de los derechos del Título I de la CE, sin que, además, se respete la exigencia de ley establecida en el apartado 2º del art. 43 CE¹²⁹.

El Tribunal Constitucional aborda esta cuestión en el FJ 6 de la STC 139/2016, resumiendo la doctrina fijada por él, que se recoge, entre otras decisiones, en el ATC 179/2011, de 13 de diciembre (FJ 7) y que no ha variado desde la STC 11/1983, de 2 de diciembre. El Tribunal no es partidario de una interpretación extensiva de este límite material del art. 86.1 CE, de tal modo que suponga un “vaciamiento de la figura del decreto-ley, haciéndolo inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución”. Sin embargo, aunque el Tribunal no sea proclive a interpretar ampliamente el término “afectar” que conduzca a una inutilidad del decreto-ley, parece

¹²⁹ La parte recurrente considera que vulneran también los límites materiales del decreto-ley del art. 86.1 CE, por afectar a los elementos esenciales del derecho del art. 43 CE, el art. 2 del Decreto-ley 16/2012 que modifica la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud y el art. 4.12 y 13 que establece o aumenta las aportaciones económicas en la prestación farmacéutica de los pensionistas. Además, el Parlamento de Navarra considera que el art. 4.14 del Decreto-ley 16/2012, que posibilita la cesión de información tributaria sin consentimiento del interesado para su incorporación a la tarjeta individual sanitaria, afecta también a la regulación de un derecho fundamental, el derecho de protección de datos de carácter personal. Por último, el parlamento autonómico entiende también que el art. 2.5 del decreto-ley, que regula la denominada cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas, afecta a otro límite material del art. 86.1 CE, el relativo al régimen de las Comunidades Autónomas, al restringir las competencias autonómicas para establecer una cartera de servicios complementaria, en la medida que exige garantizar previamente la suficiencia financiera en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria (Antecedente 2.a) y c) y FJ 2).

olvidar, como indica el profesor Aragón Reyes, que el carácter restrictivo de los decretos-leyes, como norma “excepcional”, debiera obligar precisamente a darle ese contenido¹³⁰. Lo cierto es que la interpretación sumamente restrictiva que ha realizado el Tribunal de la afectación a la materia relativa a los “derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I” ha favorecido un uso extensivo del decreto-ley.

Son dos los criterios que tiene en cuenta el Tribunal para determinar el alcance de la cláusula restrictiva del art. 86.1 CE sobre el decreto-ley: 1º) “que la legislación de urgencia no regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I de la CE y que la interpretación constitucionalmente adecuada tenga en cuenta la configuración constitucional de los derechos en cuestión, su ubicación sistemática, en el Título I de la CE; 2º) el mayor o menor grado de intensidad o rigor de las garantías de las que disfrutaban, en virtud de lo que establece el artículo 53 CE”. Debiera haberse precisado mejor el primer criterio indicando que el decreto-ley no desarrolle de forma general los derechos, deberes y libertades del Título I ni regule sus aspectos esenciales. Esto es realmente lo que resulta vedado al decreto-ley en esta materia. Dicho de otro modo, la norma excepcional del decreto-ley sí podrá desarrollar aspectos concretos de los derechos y regular elementos no esenciales de ellos.

De acuerdo con los criterios mencionados, el Tribunal examina el tratamiento constitucional del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, esto es, “su colocación en el Texto constitucional en una u otra de las diversas secciones y capítulos de su Título I”. Conforme a ello, el Tribunal entiende que estamos ante un precepto constitucional que “se ubica entre los principios rectores de la política social y económica, los cuales, formalmente, disfrutaban de las garantías previstas en el art. 53.3 CE, por lo que su reconocimiento, respeto y protección “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, estatales y autonómicos. Asimismo, sólo se

¹³⁰ Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, *Uso y abuso del decreto-ley...*, ob. cit., p. 99. En el mismo sentido se manifiesta MARTÍN REBOLLO, Luis: “Uso y abuso del Decreto-Ley...”, ob. cit., p., pues “el énfasis restrictivo” del decreto-ley ya parecía impuesto por “el constituyente” lo que “no se compadece” con la “interpretación reductora de la exigencia constitucional” del art. 86.1 CE.

pueden alegar ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que los desarrollen”¹³¹. Si nos atenemos, por tanto, a su ubicación sistemática, dice el Tribunal, “el art. 43 CE se configura como un principio rector, razón por la que carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia”. En consecuencia, “el art. 43 CE no ostenta las características de derecho cuya regulación por decreto-ley impide el art. 86.1 CE”. De acuerdo con estas consideraciones, el Tribunal dejaría “vía libre” al legislador de urgencia para regular, sin apenas limitación material alguna, cualquiera de los derechos sociales¹³².

El Tribunal concluye que los apartados 1º y 2º del el art. 1 del Decreto-ley 16/2012, “en cuanto regulan las condiciones de acceso a la asistencia sanitaria sufragada con fondos públicos a partir de los conceptos de asegurado y beneficiario del Sistema Nacional de Salud” no infringen los límites materiales del decreto-ley, por afectar a los derechos y deberes regulados en el Título I de la CE, esto es, al art. 43 CE, ya que este precepto posee “la naturaleza de principio rector” (FJ 6, a) y b)¹³³. Coincide también con esta opinión el Abogado del Estado cuando reconoce que “el art. 43 CE no configura un derecho

¹³¹ Sobre la naturaleza del derecho a la protección de la salud del art. 43.1 CE y de su eficacia jurídica, véanse las referencias doctrinales citadas en la Introducción de este trabajo.

¹³² Cfr., en este sentido, SOBRINO GUIJARRO, Irene: “Sentencia del Tribunal Constitucional acerca de la reforma sanitaria del 2012”, en el *Blog de la Revista catalana de dret public*, 9 de noviembre de 2016, disponible en: [https://leapc-rcdp.blog.gencat.cat/2016/11/09/sentencia-del-tribunal-constitucional-acerca-de-la-reforma-sanitaria-del-2012-irene-sobrino-guijarro/?ct=t\(RSS_EMAIL_CAMPAIGN](https://leapc-rcdp.blog.gencat.cat/2016/11/09/sentencia-del-tribunal-constitucional-acerca-de-la-reforma-sanitaria-del-2012-irene-sobrino-guijarro/?ct=t(RSS_EMAIL_CAMPAIGN). También de la misma autora: “Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud a la luz de la STC 139/2016”, *Ius et Scientia*, n° 1, 2017, p. 84.

¹³³ Por la misma razón, por la condición de principio rector de la política social y económica del art. 43 CE, el Tribunal considera también que los arts. 2.3 y 5 y el art. 4.13 del Decreto-ley 16/2012, en lo que se refiere a la aportación de los usuarios en la financiación de determinadas prestaciones sanitarias, no infringen los límites materiales del decreto-ley, por afectar al art. 43 CE. El Tribunal razona además porque tampoco se vulnera la reserva de ley del art. 31 CE, exigida para el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público, a las que pueden asimilarse las aportaciones de los usuarios para determinadas prestaciones del Sistema Nacional de Salud, al imponerse “coactiva y unilateralmente por el poder público sin la concurrencia de la voluntad del sujeto obligado” y

subjetivo para los ciudadanos, dada su condición de principio rector cuyos destinatarios son los órganos cuyas decisiones están dotadas de un amplio margen de libertad conformadora (especialmente, el legislador)”. Incluso aporta algún razonamiento más al lacónico argumento esgrimido por el Tribunal, cuando establece que el artículo impugnado del Decreto-ley 16/2012 respeta los límites materiales del art. 86.1 CE, “ya que no regula el régimen general del derecho a la salud, sino que se limita a modificar un elemento puntual del mismo, relativo a los requisitos para tener acceso a la prestación sanitaria de financiación pública. Tampoco el artículo impugnado contraviene el contenido esencial del principio rector, dado el amplísimo margen de configuración del que goza el legislador ordinario, que sólo resulta constitucionalmente limitado por la proscripción general de la arbitrariedad y de la discriminación, que no es lo aquí discutido”¹³⁴.

Discrepo de la conclusión a la que llega la mayoría del Pleno del Tribunal y comparto la tesis y el razonamiento expuesto por el magistrado Valdés Dal-Ré, en el Voto particular que formula a la sentencia¹³⁵. Como se ha dicho, el Tribunal desestima la pretensión de la parte recurrente, concluyendo que el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, “dada su ubicación sistemática en el Texto constitucional, no ostenta las características de derecho cuya regulación por decreto-ley impide el art. 86.1 CE”. Con este “sumario argumento”, “en el que la conclusión y el argumento se encuentran fundidos”, según dice el magistrado discrepante, la sentencia reinterpreta, en relación con los derechos sociales “una anterior doctrina de manera silenciosa”, es decir, “sin anunciar el cambio y sin aprestar los motivos justificativos del propio cambio”. Y es que, hasta ahora, ninguna resolución del Tribunal había excluido del ámbito de aplicación de la cláusula de “no afectación” a los principios rectores enunciados en el capítulo III, del Título I de la CE; o dicho de otro modo, “la operatividad de dicha cláusula-

relacionarse “directamente con la garantía de la protección de la salud a la que alude el art. 43 CE” (FJ 6, c).

¹³⁴ Cfr. el Antecedente 6, c).

¹³⁵ Vid. DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.: “El derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., pp. 299-300.

la” no se había limitado exclusivamente “a los derechos, deberes y libertades consagrados (...) en el capítulo II, de ese mismo Título I”, como parece establecer la sentencia de la que se disiente. Un cambio o reinterpretación en la doctrina hasta ahora mantenida por el Tribunal, como reconoce bien el magistrado Valdés Dal-Ré, exige “un relevante desarrollo argumentativo”, sobre todo, “por los efectos restrictivos que ese cambio o reinterpretación producen en la protección de los derechos y principios constitucionales o, lo que es igual, por los efectos expansivos de un poder normativo de carácter excepcional. La preferencia expresada por la sentencia a favor de la eliminación de trabas al ejercicio de este poder (...), se distancia, sin justificación alguna, de la tutela y preservación de la cláusula social (art. 1.1 CE)”¹³⁶.

Un argumento por el que el derecho a la protección de la salud no puede quedar excluido de la prohibición de afectación por el decreto-ley a los derechos y deberes del Título I de la CE es la propia naturaleza del derecho del art. 43 CE. Hemos visto que, según la sentencia comentada, este derecho, por razón de su ubicación sistemática, no se incluye entre los derechos del Título I de la CE, cuya regulación por decreto-ley debe someterse a los límites materiales del art. 86.1 CE. En este sentido, ha de tenerse en cuenta, como expondremos de modo más amplio en el apartado siguiente,

¹³⁶ *Vid.* el Voto particular del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré (apartado II.1), en el que reitera la doctrina sentada por el Tribunal en diferentes sentencias señalando que este “ha descartado las interpretaciones restrictivas del límite material establecido por el art. 86.1 CE”, optando “por una interpretación (...) que, en el fondo, atiende (...) a la conveniencia de no impedir al Ejecutivo el uso de un instrumento que puede ser útil y necesario para la gobernación del país en situaciones de relativa imprevisibilidad”. “La prohibición de afectación no define, pues, un campo vedado a la actividad legislativa del Gobierno; su función, bien otra, es actuar como límite interno tanto de la estructura de la norma como del contenido normado por la disposición legal de urgencia. De ahí, los dos condicionantes que (...) delimitan el ámbito normativo del decreto-ley: de un lado, se permiten las ordenaciones singulares, pero quedan proscritas las ordenaciones generales y, de otro, se consienten las regulaciones sobre los elementos accidentales o secundarios de los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos mencionados en el Título I, pero se prohíben aquellas otras que alteren sus elementos estructurales o sustanciales”. Doctrina que, como se ha dicho, hasta ahora, se entendía que se aplicaba a todos los derechos del Título I de la CE, también a los derechos sociales.

que puede existir una conexión entre algunos de los derechos o principios constitucionales “no fundamentales” con otros que sí tienen este carácter, por ubicarse en el capítulo II del título I de la CE. Así sucede con el derecho a la protección de la salud y el derecho a la vida e integridad física, del art. 15 CE, según ha reconocido el Tribunal Constitucional (aunque parece haberlo olvidado) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³⁷. En consecuencia, de lo afirmado puede concluirse, de acuerdo con el Voto particular, que “la interdicción de afectar por medio de un decreto-ley a los derechos de los ciudadanos reconocidos en el Título I de la CE se proyecta indefectiblemente al derecho a la salud, sin necesidad de entrar a valorar si se trata de un derecho fundamental, un principio rector, un valor de relevancia constitucional o una mera orientación dirigida al legislador”. Lo que importa es “la conexión instrumental e innegable que se deriva del recurso interpretativo al art. 10.2 CE entre los arts. 43 y 15 de la Constitución, recurso que supone que cualquier afectación normativa del derecho a la asistencia sanitaria y a la salud ha de proyectarse, necesariamente, sobre el derecho a la vida y la integridad física y moral de los individuos”¹³⁸.

Por otro lado, la prohibición de afectación por el decreto-ley a los derechos y deberes del Título I de la CE (incluido el derecho del art. 43 CE) impide no solo la regulación general del derecho por la legislación de urgencia, sino también la de sus elementos esenciales o estructurales. Prohibición que no ha sido respetada por el Decreto-ley 16/2012. Es cierto que esta norma no regula de forma general el derecho a la protección de la salud, pero sí algunos de sus elementos sustanciales. Como se afirma en el Voto particular, la exposición de motivos de la norma establece ya “la prueba más evidente de la transgresión por su contenido normativo de la proscripción de entrar a regular elementos esenciales del derecho protegido”. Así, en el preámbulo se dice “sin reparo alguno” que “las medidas que se aplican en el presente Real Decreto-ley tienen como objetivo fundamental afrontar una reforma *estructural* del

¹³⁷ Cfr. el Voto particular del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré (apartado II.2), así como lo manifestado en el apartado siguiente de este trabajo.

¹³⁸ Ídem.

Sistema Nacional de Salud (...); esto es, una reforma esencial, sustantiva, básica, fundamental o principal del derecho a la salud”. Si se examinan las modificaciones introducidas por el Decreto-ley 16/2012 sobre la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, puede comprobarse la voluntad del legislador excepcional de alterar algunos de los elementos estructurales del derecho a la protección de la salud: “a) el ámbito subjetivo de aplicación de la asistencia sanitaria en España (art. 1 y Disposición transitoria primera); b) el ámbito objetivo de los servicios del Sistema Nacional de Salud (art. 2 y Disposición transitoria segunda) y c) la contribución económica de los beneficiarios en el sostenimiento de los medicamentos y productos sanitarios (Disposición transitoria tercera)”¹³⁹.

En conclusión, coincidimos con el Voto particular, en que la sentencia comentada debió declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos del Decreto-ley 16/2012 reguladores de elementos esenciales del derecho a la protección de la salud, por vulnerar la cláusula de no afectación a los derechos del Título I de la CE exigida como límite material al decreto-ley por el art. 86.1 CE¹⁴⁰.

¹³⁹ Íbidem (apartado II.3). Vid. también PONCE SOLÉ, Julio: *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013, pp. 68-69, cuando, además de reconocer que los derechos sociales contenidos en el Título I de la CE encajan dentro de la cláusula de prohibición de afectación por el decreto-ley, considera que uno de los elementos esenciales que incide en el régimen general del derecho puede ser la titularidad del derecho. Y cita como ejemplo el Decreto-ley 16/2012 que, al regular un derecho social, el del art. 43 CE, “afecta a su titularidad al establecer una medida regresiva, negando ahora la condición de usuario del servicio público sanitario a determinados colectivos”. Al afectar esta medida regresiva a un derecho, entiende el profesor Ponce que vulnera el art. 86.1 CE.

¹⁴⁰ Cfr. DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.: “El derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., p. 301.

4. LA EXCLUSIÓN DE LA CONDICIÓN DE ASEGURADO A LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR POR EL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, NO VULNERA EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL ART. 43 CE, A PESAR DE SU CONEXIÓN CON ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde una perspectiva material, el Parlamento de Navarra impugna algunos preceptos del Decreto-ley 16/2012 (el art. 1.1 y por conexión el art. 1.2 y la Disposición transitoria primera) al estimar que infringen el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE. Para el Parlamento Foral, la regulación en el art. 1.1 de Decreto-ley 16/2012 (que modifica el art. 3 LCCSNS) de las personas que tienen la condición de asegurado y beneficiario y que, por tanto, pueden acceder a la asistencia sanitaria pública en España, es contraria al art. 43 CE porque convierte un sistema universalista de protección de la salud en un sistema de aseguramiento, dejando fuera de él a los extranjeros en situación irregular¹⁴¹. Algunos de los argumentos que esgrime la parte recurrente para considerar inconstitucional la exclusión de la sanidad pública de los extranjeros sin autorización de residencia son los siguientes: es una medida que no respeta el contenido del derecho a la protección de la salud reconocido como derecho en diversos textos internacionales ratificados por España y que ha de relacionarse con otros derechos como el derecho a la vida y el derecho a la integridad física; es una diferencia de trato injustificada y no razonable, proscrita por el art. 14 CE; carece de justificación ya que no respeta el contenido esencial de los derechos, ni preserva otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, ni tampoco observa la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida; coloca a los extranjeros sin recursos en situación irregular en una situación incompatible con su dignidad, poniendo en peligro su salud y también

¹⁴¹ Colectivo que, como hemos dicho, según el anterior art. 12 LODYLE, podía acceder a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles por el mero hecho de estar empadronados en un municipio español.

la de otras personas cuando no pueden ser tratados de determinadas enfermedades¹⁴².

El Tribunal Constitucional examina la cuestión planteada en los FFJJ 8 y 10 de la sentencia examinada, de los que pueden deducirse las siguientes consideraciones:

- 1ª) La “pretensión” de una sanidad universal, “proclamada legislativamente” [que no constitucionalmente], “ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas”. La sanidad universal no significa un “derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias” (FJ 8)¹⁴³.
- 2ª) El derecho a la protección de la salud, del art. 43 CE, es “un derecho de configuración legal” que “permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo”. Como derecho de configuración legal, “el legislador dispone de un amplio margen de configuración (...), en tanto que [estamos ante un] precepto incluido en el capítulo III del título I CE”. No obstante, “en el desarrollo del art. 43 CE” y en “la articulación del derecho a la protección de la salud”, el legislador regulará “las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional” (FJ 8).
- 3ª) El derecho a la protección de la salud es un derecho que puede “ser modulado en su aplicación a los extranjeros”, es un derecho cuya titularidad y ejercicio puede corresponder a los

¹⁴² Cfr. el Antecedente 2.e). Algunos de estos argumentos habían sido expuestos también por BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes...”, ob. cit., pp. 126-127.

¹⁴³ Coincidimos con SOBRINO GUIJARRO, Irene: “Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., pp. 84-85, cuando admite que el Tribunal Constitucional deja pasar, en esta sentencia, una oportunidad más para “concretar mínimamente el contenido básico del “mandato constitucional” de la pretensión de universalidad del art. 43 CE o cuáles son los “*intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles*” que el precepto incorpora”. “La sentencia no ofrece ninguna pauta interpretativa ulterior que determine constitucionalmente qué ha de entenderse o no por acceso universal”.

extranjeros, “según lo [que] dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible una diferencia de trato con los españoles en su ejercicio”¹⁴⁴. De conformidad con una jurisprudencia constitucional ya consolidada, “el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes. El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y, por ello, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia

¹⁴⁴ El Tribunal recurre aquí a la clásica y controvertida distinción tripartita sobre la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España (SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4 y 17/2013, de 31 de enero, FJ 2). “Existen derechos que, en tanto que inherentes a la dignidad humana, corresponden por igual a españoles y extranjeros. Igualmente existen derechos, como los reconocidos en el art. 23 CE en relación con el 13.2 CE, que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros. Finalmente, un tercer grupo serían aquellos derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”. El Tribunal incluye en este último grupo al derecho a la protección de la salud (FJ 10). Algunas observaciones críticas a esta clasificación tripartita sobre la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España pueden verse, entre otros, en GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio: “Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en las leyes españolas”, *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, n.º. 22, 2003, pp. 19-21; también en “Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 12, (2011), pp. 2-9; VIDAL FUEYO, Camino: “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución española”. En Aja, E. (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia, 2009, pp. 40-44 y “Derechos constitucionales de los extranjeros”, en *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional* (dir. M. Aragón Reyes y codir. C. Aguado Renedo), tomo III, Pamplona, 2011, pp. 61-64; MATIA PORTILLA, Francisco J., “Los derechos fundamentales de los extranjeros al servicio de la integración de los inmigrantes”. En Matia Portilla, Francisco J., (dir.): *Crisis e inmigración. Reflexiones interdisciplinarias sobre la inmigración en España*, Valencia, 2012, pp. 288-292 y GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar: *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 124-131. Véase igualmente el apartado III.2, del Voto particular que a la STC 139/2016, formula el magistrado Valdés Dal-Ré, al que nos referiremos más adelante.

como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales” (FJ 10)¹⁴⁵.

- 4ª) Las normas impugnadas del Decreto-ley 16/2012 establecen una nueva regulación de la condición de asegurado y beneficiario del Sistema Nacional de Salud, que supone “un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada”, al optar ahora por un modelo basado principalmente en la conexión del derecho a recibir las prestaciones sanitarias públicas de forma gratuita o bonificada con la cotización al sistema de la Seguridad Social (FJ 10).
- 5ª) Del nuevo régimen jurídico fijado por el legislador, puede deducirse que este ha actuado dentro del margen de que dispone para “establecer sus prioridades”, sin que “la norma examinada responda a una opción arbitraria”, sino todo lo contrario, esta preserva “bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público, sin desconocer las posibilidades del sistema en un momento de intensas complicaciones económicas, observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia” (FJ 10)¹⁴⁶.

¹⁴⁵ El Abogado del Estado reconoce también que el derecho a la protección de la salud “se cuenta entre aquellos en los que es posible que la Ley establezca diferencias de trato entre extranjeros y nacionales”. Ahora bien, el Abogado del Estado precisa que en esa configuración legal, y según la STC 236/2007, “el legislador no puede afectar al contenido del derecho que resulta imprescindible para la dignidad humana, ni al contenido delimitado por la Constitución o los tratados internacionales y, además, las limitaciones introducidas solo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida” (Antecedente 6.d).

¹⁴⁶ De ahí que para el Tribunal no sea reprochable constitucionalmente que el legislador otorgue a los extranjeros sin autorización de residencia la asistencia sanitaria pública gratuita o bonificada en situaciones especiales y que les exija en otros casos “la correspondiente contraprestación en los términos del ya citado Real Decreto 576/2013”. Decreto que, como se ha visto, prevé la posibilidad de suscribir un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacio-

Por todo ello, las normas examinadas “responde[n] a una lícita opción del legislador que queda dentro de su margen de configuración que le es propio, sin que con ello se vulnere el art. 43 CE en relación con el art. 13 CE” (FJ 10)¹⁴⁷.

Estamos de acuerdo con algunas de las manifestaciones realizadas por el Tribunal como concebir a la sanidad universal como un objetivo alcanzable por los poderes públicos; o reconocer al derecho a la protección de la salud como un derecho de configuración legal, cuyo ámbito subjetivo y objetivo puede ser determinado y limitado por el legislador, estableciendo diferencias de trato entre españoles y extranjeros y entre extranjeros residentes y no residentes, pero preservando para ello otros bienes o intereses constitucionales y de forma proporcional a la finalidad perseguida. Ahora bien, discrepamos de la decisión mayoritaria que declara constitucional la norma impugnada que limita el acceso de los extranjeros en situación irregular a las

nal de Salud mediante el abono de una cuantía económica. Entre las situaciones especiales, el Tribunal resalta la atención sanitaria en urgencias (nuevo art. 3 ter LCCSNS), que “se entienden prestadas en supuestos de riesgo grave para la salud e incluso para la vida, de manera que conectarían con el contenido mínimo que hace reconocible el mandato imperativo que los poderes públicos deben asegurar y prestar (art. 43 CE) en cualquier circunstancia a *cualquier* persona con el fin de preservar el derecho fundamental a la vida y la integridad física contenido en el art. 15 CE”. Por otro lado, el Tribunal considera que la nueva normativa tampoco contradice “el contenido constitucionalmente declarado [...] del derecho a la salud delimitado por los tratados internacionales, al que nos remite el art. 13 CE”. Conclusión a la que llega tras contrastar las normas legales impugnadas con el art. 43 CE, interpretado de acuerdo con lo que dispone el art. 12.1, en relación con los arts. 2.1 y 4 PIDESC; el art. 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el art. 13 CSE y su Anexo, en el que se fija su ámbito de aplicación (FJ 10).

¹⁴⁷ Tesis mantenida también por el Abogado del Estado que señala además que “la diversidad de regímenes de cobertura sanitaria pública a españoles y extranjeros ha existido en España bajo la vigencia de la Constitución Española que admite, en esta materia, diversas opciones legislativas en su configuración. No impone que se garantice a todos los residentes, regulares o irregulares, ni siquiera a todos los españoles una asistencia sanitaria plena y con cargo por entero a fondos públicos, sino que, en la concreción legal del derecho a la salud, la Constitución Española autoriza al legislador a establecer condiciones de ejercicio para los extranjeros distintas de las que rigen para los españoles e incluso a tomar en consideración el dato de su situación legal en España”. (Antecedente 6. d).

prestaciones sanitarias públicas¹⁴⁸. En este sentido, compartimos las siguientes razones expuestas por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré en el Voto particular que formula a la sentencia, al que se adhiere la magistrada Adela Asua Batarrita.

1ª) En relación a la naturaleza del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, el Tribunal lo define, según su ubicación sistemática¹⁴⁹, como un derecho prestacional “de configuración legal”. Ahora bien, el Tribunal “olvida la conexión e instrumentalidad de determinados derechos o principios constitucionales “no fundamentales” respecto de otros que sí lo son por ubicarse en el capítulo II del título I” (II.2). El Tribunal aplicó ya esta conexión al derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos económicos para litigar (art. 119 CE) y al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), otorgando la titularidad de este último a los extranjeros “con independencia de su situación jurídica”¹⁵⁰. Pues bien, coincidimos con el magistrado Valdés Dal-Ré cuando afirma que esa relación de instrumentalidad es trasladable al presente caso entre el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, situado fuera de las secciones primera y segunda del capítulo II del título I, y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, recogido en el art. 15 CE. Incluso esta conexión instrumental se menciona ya en los citados AATC 239/2012, de 12 de diciembre (FJ 5); 114/2014, de 8 de abril (FJ 8) y 54/2016, de 1 de marzo (FJ 5)¹⁵¹ y tiene un reconocimiento expreso

¹⁴⁸ *Vid.* DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.: “El derecho a la protección de la salud...”, *ob. cit.*, pp. 304-309.

¹⁴⁹ Naturaleza y ubicación que, como se ha dicho en el apartado anterior, ha servido además al Tribunal para afirmar que el decreto-ley impugnado no ha vulnerado los límites materiales establecidos por el art. 86.1 CE, al no “afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I”.

¹⁵⁰ *Cfr.* las SSTC 95/2003, de 22 de mayo y 236/2007, de 7 de noviembre.

¹⁵¹ Así nos habíamos pronunciado ya en DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...”, *ob. cit.*, pp. 212-214. *Cfr.* igualmente sobre esa conexión entre los derechos mencionados y la dignidad humana, entre otros, los siguientes autores: SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan J.: “Una revisión de la teoría de los derechos...”, *ob. cit.*, p. 112, para quien la verdadera fuente de la fundamentalidad de los derechos sociales “radica en la relación del derecho con la dignidad de la persona y el funcionamiento democrático de la sociedad”; PAREJO ALFONSO, Luciano, “Constitución, Sistema Nacional de Salud ...”, *ob. cit.*, p. 18; MARTÍNEZ DE PISÓN,

“si se acude, tal y como dispone con carácter obligatorio el art. 10.2 CE, a los convenios internacionales de derechos humanos firmados por España¹⁵² y a la interpretación jurisprudencial que de ellos hacen los órganos competentes” (II.2).

José: “El derecho a la salud: un derecho social...”, ob. cit., pp. 135-136 y 148; DE LORA, Pablo: “El derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., p. 881; ESCOBAR ROCA, Guillermo: “Algunos problemas del derecho a la salud...”, ob. cit., p. 567, “Los derechos fundamentales sociales...”, pp. 126 y ss. y “El derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., pp. 1073 y ss.; LEÓN ALONSO, Marta: *La protección constitucional de la salud...*, ob. cit., pp. 149-150, 165-170 y 369; SOBRINO GUIJARRO, Irene, “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., pp. 152-153; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “La universalización de la asistencia sanitaria...”, ob. cit., pp. 104-108 y “Varapalo del Tribunal Constitucional...”, ob. cit., pp. 124-125; PINTO PALACIOS, Fernando: “Consideraciones éticas y jurídicas...”, ob. cit., pp. 122-123; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias...”, ob. cit., pp. 130-131 y MARCOS DEL CANO, Ana M^a, “El derecho a la salud...”, ob. cit., p. 23.

¹⁵² Como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, que en su art. 25.1 establece que “*toda persona*” tiene derecho “a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud (...), la asistencia médica”; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (con entrada en vigor el 3 de enero de 1976), que en su art. 12.1 reconoce el derecho de “*toda persona*” al disfrute del “más alto nivel posible de salud física y mental”, imponiendo a los Estados parte la obligación de adoptar determinadas medidas que garanticen la plena efectividad del derecho (art. 12.2). En el ámbito de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), de 7 de diciembre de 2000, en su versión adaptada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, que en su art. 35 dispone que “*toda persona* tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”. En el seno del Consejo de Europa, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni ninguno de sus Protocolos Adicionales, contienen una norma acerca del derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria. Sí la tiene la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980, concretamente el apartado 11, de su Parte I, cuando establece como objetivo de la política de las partes firmantes, que “*toda persona* tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar”, regulando de forma más detallada, en sus arts. 11 y 13, de su Parte II, el derecho a la salud y a la asistencia médica, a través de la adopción de diversas medidas preventivas, educacionales y asistenciales. Ahora bien, el Anexo a la Carta Social Europea, apartado primero, cuando alude a su

Incluso en el Voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré se citan algunos casos que han llegado al TEDH en los que se reconoce la conexión entre el derecho a la protección de la salud y los derechos a la vida y a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, que por su interés reproducimos seguidamente: asunto *Valentín Câmpeanu c. Rumanía*, 17 de julio de 2014, en el que el TEDH “entiende que la ausencia de cuidados médicos apropiados de la que resulta la muerte de una persona vulnera el art. 2 CEDH (derecho a la vida); asunto

ámbito de aplicación, establece que “...las personas a las que se refieren los arts. 1 a 17 solo comprenden a los extranjeros que, siendo súbditos de otras partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada...”. Norma de la que podría deducirse la no extensión del derecho a la protección de la salud a los extranjeros en situación irregular. Si bien, a continuación permite a los Estados parte atribuir los derechos a otras personas: “esta interpretación no excluye la extensión de derechos análogos a otras personas por cualquiera de las partes”. Ha de advertirse también de que la Carta Social Europea ha sido revisada ampliamente el 3 de mayo de 1996, dando lugar a la Carta Social Revisada. Ésta ha sido firmada por España el 23 de octubre de 2000, pero todavía no ha sido ratificada. En estas normas internacionales, el carácter universal del derecho a la salud se deduce del vocablo “toda persona” con el que se designa al titular del derecho. Titularidad que se afirma con independencia de la condición de nacional o extranjero, e incluso de la situación legal o administrativa en España, o de la condición de trabajador o asegurado. Y ello, sin perjuicio de que exista también una protección internacional para los trabajadores inmigrantes, como es la que se deduce del art. 28 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, que les otorga el derecho a recibir atención médica urgente “para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate”. Atención médica de urgencia que “no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo”. Sobre la protección internacional del derecho a la salud y su vinculación para España, en virtud de lo previsto en el art. 10.2 CE en conexión con el art. 96.1 CE, *vid.*, entre otros, BORRAJO DACRUZ, Efrén, “Artículo 43...”, *ob. cit.*, Madrid, 1997, pp. 159-163; PEMÁN GAVÍN, Juan María: “El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado”, *Revista de Administración Pública*, nº 179, 2009, pp. 41-53; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: “La universalización de la asistencia sanitaria...”, *ob. cit.*, pp. 72 y ss.; SOBRINO GUIJARRO, Irene, “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud...”, *ob. cit.*, pp. 137-147; SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria...”, *ob. cit.*, pp. 52-76 y MONEREO PÉREZ, José Luis, “¿Es la salud un derecho social fundamental...”, *ob. cit.*, pp. 835-844.

Brincat y otros c. Malta, 24 de julio de 2014, en el que “un Estado falta a sus deberes positivos de proteger la vida de sus ciudadanos (art. 2 CEDH) cuando no se legisla ni se toman medidas prácticas para protegerles y proporcionarles información de los riesgos para su salud a los que les exponen determinadas actividades”; asunto *D. c Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997 (jurisprudencia revisada después y pendiente de la solución que debe dar la Gran Sala al asunto *Paposhvili c. Belgica num. 41738/10*), en el que “se vulnera la prohibición de someter a tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) cuando se acuerda la expulsión de una persona extranjera [enferma de sida y] dependiente de un tratamiento médico cuya interrupción le colocaría en riesgo de asumir grandes sufrimientos físicos y reducir su esperanza de vida”; asuntos *Nitecki c. Polonia*, de 21 de marzo de 2002, y *Panaitescu c. Rumanía* de 10 de abril de 2012, en los que “se vulnera el derecho a la vida (art. 2 CEDH) cuando se niega la gratuidad de una asistencia médica o unas prestaciones farmacéuticas a las que el sujeto tiene derecho por reconocimiento legal o judicial”; los asuntos *Oyal c. Turquía*, de 23 de marzo de 2010, *Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía*, de 9 de abril de 2013, *Asiye Genc c. Turquía* de 27 de enero de 2015, en los que “el Estado no responde a las obligaciones positivas de protección de la salud y de prestación de una adecuada asistencia sanitaria que derivan de ese precepto allí donde esas obligaciones son exigibles” (II.2)¹⁵³.

¹⁵³ Acerca de estos y otros casos que afectan a inmigrantes en situación irregular en los que el TEDH relaciona los derechos citados, acudiendo al principio de proporcionalidad para ponderar en cada caso determinados requisitos y circunstancias, *vid.* PÉREZ ALBERDI, María Reyes: “La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada, (dirs.). *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 328-330, que alude a ciertos casos de inmigrantes en situación irregular relacionados con el ámbito penitenciario (como el asunto *N. contra el Reino Unido*, de 27 de mayo de 2008) y LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki y ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor: “Art. 2. Derecho a la vida” y “Art. 3. Tratos inhumanos y degradantes”. En Lasagabaster Herrarte, Iñaki (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*. Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2015, pp. 49-50 y 82-90 y CUBERO MARCOS, José I., “El reconocimiento de derechos sociales a través de la conexión con derechos fundamentales: hacia una progresiva superación de la doctrina clásica”, *Revista catalana de dret public*, n° 54, 2017, pp. 127 y 128 y en “La *vis* expansiva de los derechos fundamentales y su inci-

La Gran Sala del TEDH ha dictado ya la sentencia que tenía pendiente en el asunto *Paposhvili c. Belgica*, con fecha de 13 de diciembre de 2016, en la que confirma la violación del art. 3 CEDH por la deportación de un extranjero a Georgia sin que las autoridades belgas hubieran evaluado el riesgo que asumía esa persona a la luz de la información existente sobre su estado de salud y sobre la disponibilidad de un tratamiento adecuado en Georgia. También reconoce el Tribunal que para que pueda conculcarse la prohibición del art. 3 CEDH de someter a tratos inhumanos y degradantes a una persona extranjera enferma, cuando se acuerde su expulsión por un Estado, han de concurrir unas “circunstancias muy excepcionales” con grave riesgo para su vida y salud (padecer enfermedades incurables, hallarse en estado terminal, que no se le vaya a prestar un tratamiento médico-farmacéutico imprescindible...). Circunstancias que han de valorarse e interpretarse caso por caso.

2^a) Respecto de la limitación del acceso de los extranjeros sin autorización de residencia a las prestaciones sanitarias por el art. 1.3 del decreto-ley impugnado, el magistrado Valdés Dal-Ré considera que la modificación del sistema de protección de la salud del que venía disfrutando este colectivo infringe el art. 43 CE por los siguientes motivos (III.1, 2 y 3):

- a) Se trata de una medida “claramente regresiva”, por lo que el Tribunal debería haber realizado, “tarea que sencillamente elude”, un esfuerzo de motivación para explicar detalladamente las razones de la reversibilidad de los ámbitos subjetivo y objetivo de un derecho social ya alcanzado¹⁵⁴.

dencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 110, 2017, pp. 118-121.

¹⁵⁴ Así lo habíamos indicado en DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...”, ob. cit., pp. 207-208. Sobre la “irreversibilidad” de las conquistas sociales, con una presunción de inconstitucionalidad de las medidas limitativas de los derechos sociales delimitados legalmente, *vid.* COURTIS, Christian y ABRAMOVIC, Víctor: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta. Madrid, 2002, pp. 92-116 y GARCÍA HERRERA, Miguel Á.: “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004, pp. 292-296. De forma más moderada y matizada se pronuncian AÑÓN ROIG, María José, “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, *Revista Derechos y Libertades*, 2016, nº 34, pp. 57-90, que reconoce que los retrocesos o la reversibilidad de los derechos sociales son decisiones normativas limitadas

b) La sentencia de la que se discrepa está privando del acceso gratuito a las prestaciones sanitarias básicas vinculadas a la aten-

fundamentalmente por dos garantías. La primera es la posibilidad de determinar un contenido esencial para los derechos sociales. La segunda radica en situar el peso de la justificación de la decisión en la identificación de la legitimidad del fin de la norma. Ambas conducen, en el ámbito de la argumentación, al principio de proporcionalidad; AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç y PRADO PÉREZ, Raquel, “Derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., pp. 102-103; SOLANES CORELLA, Ángeles: “La salud como derecho en España...”, ob. cit., pp. 160-161; LEÓN ALONSO, Marta: *La protección constitucional de la salud...*, ob. cit., pp. 540-542, que, siguiendo al profesor Robert Alexy, reconoce que el derecho a la asistencia sanitaria es un derecho prestacional que puede estar sometido a restricciones, pero que estas han de ser proporcionadas y que para comprobar si una restricción es desproporcionada ha de acudir al principio de “prohibición de protección deficiente”, similar en su estructura al de proporcionalidad y SANZ GÓMEZ, Rafael “Los derechos sociales ante la crisis de las finanzas públicas: asimetrías normativas”, en *Derechos sociales: lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, Abraham Barrero Ortega (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 166-170; GOIZUETA VÉRTIZ, Juana “El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 109, 2017, pp. 184-186; MONEREO PÉREZ, José Luis y TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel, “Un revés en la evolución progresiva del *workfare state*: la regresión en la tendencia hacia la universalidad del derecho constitucional a la asistencia sanitaria. A propósito de la STC 139/2016”, *Derecho de las relaciones laborales*, n° 2, 2017, pp. 177-186; SANGÜESA RUÍZ, Nuria “Exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito al Sistema público de salud en España. Sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional”, *Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n° 1/2017, pp. 237 y ss. y SOTO LOSTAL, Salvador, “La exigibilidad de los derechos sociales frente a su restricción regresiva”, en *Derechos sociales: lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, Abraham Barrero Ortega (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 117-124. PONCE SOLÉ, Julio: *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada...*, ob. cit., pp. 60-62, pone de manifiesto, por un lado, como la dignidad de la persona constituye el “núcleo o ADN mínimo” (similar al contenido esencial) de los derechos sociales y es un límite material constitucional de carácter absoluto a la reversibilidad o regresividad de estos, no pudiendo incluso ponderarse con otros principios como la eficiencia y economía del art. 31 CE, vinculados al de estabilidad presupuestaria del art. 135 CE. En este sentido “no se pueden sacrificar los núcleos de los derechos sociales para ahorrar, sino que se debe ahorrar para garantizar tales núcleos”. Por otro lado, el profesor Ponce reconoce también que la “regulación regresiva de derechos sociales deberá superar, igualmente, el filtro del principio de proporcionalidad y el control de la existencia de una ponderación seria de los elementos relevantes en la toma de la decisión reguladora” (aspectos que se desarrollan en las pp. 81y 82).

ción primaria a un colectivo determinado, sin tener en cuenta unos parámetros como “la disponibilidad de medios económicos de quienes quedan excluidos del sistema sanitario público” y con independencia “del origen nacional o la condición administrativa vinculada a la residencia legal”¹⁵⁵.

- c) Como se ha dicho, la sentencia comentada, siguiendo lo expuesto en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, reconoce que el legislador puede establecer “limitaciones a las condiciones de ejercicio por los extranjeros de algunos derechos, entre ellos el derecho a la salud, en su vertiente del derecho a la asistencia sanitaria gratuita”. De este modo, teniendo en cuenta su situación legal en España, puede exigir la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de ese derecho. Sin embargo, según afirma el Voto discrepante, el razonamiento utilizado en la sentencia es inconcluso, ya que olvida que, en el FJ 4 de la STC 236/2007, se manifiesta que “la libertad del le-

¹⁵⁵ Sin perjuicio de que el legislador tenga libertad “para imponer el pago de los servicios sanitarios públicos o no (...), de hecho lo hace también para los españoles a través del mecanismo de copago, sin que a ello obste la redacción del art. 43 CE, que no impone un determinado modelo de prestación pública sanitaria, como bien explica la ponencia”. Y lo hace también el Decreto-ley 7/2018, al incorporar al art. 102.5 de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, un nuevo párrafo e), que impone a las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España el abono del 40 % del precio de los medicamentos, sin tener en cuenta el nivel de renta. A ello podría añadirse también, desde criterios económicos y como ya se ha señalado, que la atención en urgencias puede tener un coste superior a la atención primaria, particularmente, en los casos de atención a determinados inmigrantes que padezcan patologías crónicas, que exigirán ingresos hospitalarios por la vía de urgencias. Cfr., en este sentido, el Defensor del Pueblo, en la *Resolución de 20 de julio de 2012, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad...*, ob. cit.; KEITH, Lilana y VAN GINNEKEN, Ewout: “Restricting Access to the NHS for undocumented migrants is bad policy at high cost”, *British Medical Journal*, 350, 2015, disponible en: <http://www.bmj.com/content/350/bmj.h3056>; el Informe FRA *European Union Agency for Fundamental Rights, Cost of exclusion from healthcare. The case of migrants in an irregular situation*, Luxemburgo, 2015, disponible en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/cost-exclusion-healthcare-case-migrants-irregular-situation> y el Informe de la Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER *Radiografía de la reforma sanitaria...*, ob. cit., disponible en: <https://reder162012.org/images/Informe2015/REDER.Radiografadelareformas sanitaria.pdf>

gislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”¹⁵⁶.

Y es que para resolver la cuestión sobre si la limitación del acceso a la asistencia sanitaria pública a los extranjeros en situación irregular, establecido en el Decreto-ley 16/2012, es compatible o no con el derecho a la protección de la salud, según reconoce el Voto particular, ha de acudir a la teoría de los límites a los derechos, siendo preciso que estos “estén previstos en [la] ley, sean necesarios en una sociedad democrática y sean proporcionales al fin que persiguen”¹⁵⁷.

¹⁵⁶ BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes...”, ob. cit., p. 129, se plantea la cuestión de “¿cuál es el contenido o núcleo esencial del derecho a la protección de la salud que ha de respetar el legislador ordinario conforme a nuestra Constitución y a los Pactos, Convenciones y Convenios internacionales?”. A ella responde que “ese núcleo esencial o constitucional intocable comprendería en su dimensión subjetiva, cuando menos, la asistencia sanitaria completa (ordinaria y urgente) y gratuita de todas aquellas personas que estén en nuestro país, tengan o no la condición legal de residentes, y que carezcan de los medios económicos suficientes para sufragar sin empobrecerse una asistencia sanitaria privada o una pública a través de cuotas o copagos”. Incluso el autor va más allá y vincula el concepto de núcleo esencial con el principio de universalidad: desde la perspectiva de este principio, dice, “que el derecho a la asistencia sanitaria pública, corolario lógico del derecho a la protección de la salud estrechamente vinculado a la dignidad de la persona y al derecho a la integridad física, lo ha de detentar todo ser humano por el solo hecho de tener la cualidad de humano, por su derecho a vivir, y en la inteligencia de que la salud, por ser el bien más preciado del ser humano, es algo básico y esencial en el devenir de la persona, esto es, en la percepción de que le es algo imprescindible para su pleno desarrollo como ser humano libre y consciente y para poder ejercer su capacidad de actuar y de autorrealizarse”.

¹⁵⁷ Así lo apunta el FJ 4 de la STC 236/2007, en la línea del canon a que somete el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las medidas limitativas de derechos sujetas a su supervisión” (III.2). También lo habíamos dicho en DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...”, ob. cit., pp. 211-212. En opinión del magistrado discrepante, no ayuda a dar una respuesta adecuada a dicha cuestión, sino que confunde, “la idea presente en la STC 236/2007 y repetida hasta la saciedad después, de que cabe una

En el caso enjuiciado, puede aceptarse que los límites al ejercicio del derecho están previstos en la ley (entendida en sentido amplio) y que estos pueden considerarse necesarios en una sociedad democrática. Sin embargo, como dice bien el magistrado Valdés Dal-Ré, el límite impuesto de “la exclusión declarada no es proporcional al fin que se dice perseguido, que remite a la sostenibilidad financiera del sistema público sanitario” (III.2).

En primer lugar, porque la medida limitadora no es coherente “con la finalidad pretendida (...), que es garantizar la sostenibilidad del sistema, al no haber tenido en cuenta la capacidad económica de aquellos a quienes se excluye”¹⁵⁸. La medida “deja fuera del sistema de prestaciones públicas sanitarias a un colectivo particularmente vulnerable por su condición administrativa y por su situación económica, un colectivo en riesgo de exclusión social, sin tener en cuenta que su falta de recursos económicos les dejará extramuros de cualquier fórmula de asistencia sanitaria, poniendo en riesgo su salud y su integridad física. Quizá ese riesgo no sea grave, porque en esos casos pueden acudir a la asistencia de urgencia; pero esta valoración sólo puede contrastarse a posteriori, cuando el daño en la salud ya se haya producido, daño éste que, en muchas ocasiones, puede ser ya irreversible”¹⁵⁹.

gradación en la conexión entre derechos y dignidad humana (art. 10 CE) que justifica la mayor o menor injerencia legal en los mismos; en particular cuando se trata de configurar su titularidad por parte de los extranjeros”. “Esa gradación es sencillamente imposible y no se puede defender desde un planteamiento universalista de los derechos humanos, de los derechos fundamentales, porque todos son igualmente determinantes para garantizar la dignidad humana, sin distinciones ni gradaciones” (III.2).

¹⁵⁸ Ya que “quien carece de medios económicos para subvenir a sus necesidades sanitarias ni va a pagar la asistencia en el servicio público, ni va a derivar a un servicio privado, terminando en numerosas ocasiones por hacer uso del servicio público de urgencias, que sí está previsto independientemente de la situación económica y de la condición administrativa del usuario”. En el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 5, el Pleno del Tribunal Constitucional reconoció esta posibilidad, “así como la dificultad de cuantificar en términos económicos los perjuicios asociados al mantenimiento de los extranjeros “irregulares” en el marco del sistema público sanitario” (III.2).

¹⁵⁹ Sobre la concepción constitucional de “vulnerabilidad” en el Estado social, *vid.* las interesantes aportaciones de ALONSO SANZ, Lucía: *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 102-112, que introduce, para determinadas situaciones, el

En segundo lugar, porque el legislador de urgencia (el Gobierno) no aporta “una motivación reforzada” como fundamento de la medida adoptada, máxime cuando se trata de “una medida regresiva”¹⁶⁰.

concepto de “vulnerabilidad múltiple o agravada”. También las obras colectivas de PRESNO LINERA, Miguel (coord.), *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado y la Cátedra de amparo de derechos y libertades, Oviedo, 2012 y de ESCOBAR ROCA, Guillermo (edit.), *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Para la aplicación del concepto de “vulnerabilidad” al colectivo de los inmigrantes, además del primer trabajo citado, cfr. también los siguientes: AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç y PRADO PÉREZ, Raquel, “Derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., pp. 98-99; APARICIO WILHELM, Marco: “Inmigración y crisis económica: la fragilidad de los derechos y su incidencia en las personas inmigradas”. En Miguel Presno Linera (coord.): *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado y la Cátedra de amparo de derechos y libertades, Oviedo, 2012, pp. 181-182, disponible en: http://www.procuradorageneral.es/catedra/libro_digital_procura.php; ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel “Estado social y protección de los más vulnerables: Constitución y nuevos derechos”, en Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada, (dirs.). *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 601-602; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa., “Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias...”, ob. cit., p. 122; SOUVIRÓN MORENILLA, José M.: “Ámbito y alcance de los derechos sociales en España...”, ob. cit., pp. 77-83; DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.: “El Defensor del Pueblo ante la desigual protección del derecho...”, ob. cit., pp. 186 y ss. y VALCÁRCEL BUSTOS, Mónica T.: “Competencias y reconocimiento de derechos de las personas vulnerables: sanidad, vivienda y derechos fundamentales” *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 111, 2018, pp. 352-358, quienes aluden también a la desprotección del colectivo vulnerable y empobrecido de los inmigrantes en situación irregular, tras la reforma del sistema sanitario por el Decreto-ley 16/2012.

¹⁶⁰ El Voto discrepante cita, al respecto, la doctrina fijada por el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que, como órgano encargado de vigilar el cumplimiento del Pacto, del que es parte España, ha manifestado, en su observación núm. 14, la necesidad de que los Estados aporten una justificación de las medidas regresivas. De ahí que el Gobierno haya “contravenido de manera manifiesta la doctrina predicable de un tratado internacional del que es parte, doctrina que se proyecta sobre la interpretación del art. 43 CE” (III.2) Cfr. también, en el mismo sentido, CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias...”, ob. cit., pp. 128-129; SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria...”, ob. cit., pp. 36 y 63-76 y la opinión conjunta de varias organizaciones que colaboran con inmigrantes como Amnistía Internacional, el Centro por los Derechos Económicos y Sociales, Médicos del Mundo, Red Aco-

ge, la Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 (REDER) y la Sociedad Española de Medicina Familiar y Comunitaria (semFYC), expresada en el portal *parainmigrantes.info*, disponible en: <http://www.parainmigrantes.info/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-exclusion-sanitaria-ignora-los-tratados-derechos-humanos-firmados-espanal>, cuando reconocen que en la sentencia comentada “el Tribunal Constitucional ignora abiertamente los criterios que, según el derecho internacional, tienen que respetar las políticas de austeridad para cumplir con las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de los que España es Estado parte: cualquier medida regresiva ha de ser temporal, estrictamente necesaria y proporcionada; no puede ser discriminatoria, debe tener en cuenta todas las alternativas posibles y se debe identificar y proteger el contenido mínimo esencial del derecho a la salud”.

Vid., asimismo, el *Informe del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa sobre la aplicación de la Carta Social Europea* en nuestro país durante el período 2009-2011 (pp. 12-14). En él ya se advertía al Estado español de que la medida adoptada por el Decreto-ley 16/2012, de privar de la asistencia sanitaria a los extranjeros mayores de dieciocho años que residen de forma irregular en el país, salvo las situaciones especiales contempladas en dicha norma, es contraria al art. 11 CSE (que proclama el derecho de protección de la salud). Se dice en el Informe que existen unas obligaciones de los Estados parte de garantizar la asistencia sanitaria a los inmigrantes, “cualquiera que sea su estatuto jurídico de residencia”. El art. 11.1 CSE impone a los Estados la adopción de medidas apropiadas destinadas a la protección del derecho de todas las personas a la salud y a que el sistema sanitario sea accesible a toda la población. El sistema sanitario es un requisito previo para preservar la dignidad humana, “valor fundamental” que constituye el “núcleo” de la positivación de los derechos humanos en Europa “(*Defence for Children International (DCI) v. Belgium*, Reclamación nº 69/2011, decisión sobre el fondo del asunto, de 23 de octubre de 2012, párrafos 100-101)”. El preámbulo del Decreto ley 16/2012, justifica la medida restrictiva del derecho a la sanidad de los extranjeros que residen de modo irregular en la situación de crisis económica que atraviesa el país. El Comité Europeo de Derechos Sociales recuerda que “la crisis económica no debería tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos en la Carta. De hecho, los Gobiernos están obligados a dar los pasos necesarios para asegurar que los derechos de la Carta sean garantizados de forma efectiva en un momento en el que sus beneficiarios necesitan de una mayor protección” (*GENOP-DEI et ADEDY c. Grèce*, Reclamación nº 65/2011 y nº 66/2011, decisiones sobre el fondo del asunto, de 23 de mayo 2012, párrafos 16 y 12). Con independencia de la complejidad de las medidas de reorganización del sistema sanitario, “la crisis económica no puede servir de pretexto para una restricción o negación del derecho a la protección de la salud que afecte a la esencia misma del derecho”. El Comité Europeo de Derechos Sociales concluye que “a pesar de la legislación regresiva” aprobada en España para el acceso a la sanidad de los inmigrantes en situación irregular, la reforma legal ha sido adoptada en 2012, fuera del periodo de valoración del Informe (2008-2011), lo que le

Llama la atención en este aspecto que el Tribunal Constitucional, al aludir al principio de proporcionalidad, no realice una ponderación adecuada y concreta de los bienes o intereses en juego¹⁶¹ como, al menos, esbozó en los citados AATC 239/2012, 114/2014 y 54/2016

impide elaborar una conclusión firme de incumplimiento por el Estado español de la CSE. Sin embargo, advierte de que “si la actual legislación (sanitaria) se mantiene vigente, no quedará otro remedio que reflejar en el próximo informe su no conformidad con la Carta”, por violación del derecho a la protección de la salud del art. 11. Para la consulta del Informe, *vid.* CONCLUSIONS XX-2 (2013), *European Social Charter European Committee ...*, *ob. cit.* Sin embargo, sorprendentemente, el Comité Europeo, en las Conclusiones XXI-2 del Informe de 2017 (para el periodo de 2012 a 2015), reconoce que, en el ámbito de la aplicación personal, la situación de España en el periodo referido es conforme a los arts. 11 y 13 CSE. Debido fundamentalmente a que las Comunidades Autónomas, al tener competencia exclusiva en materia de asistencia social, han llevado a cabo acciones sociales destinadas a preservar la salud de los extranjeros mayores de edad sin permiso para residir en España y sin recursos económicos para cubrir sus necesidades sanitarias. Además, añade el Comité que, en virtud de la Ley 33/2011, de 4 de octubre de 2011, de Salud Pública, “la atención médica en el marco del sistema nacional de salud incluye medidas preventivas, de atención y de seguimiento para preservar la salud pública y evitar los riesgos asociados a una alerta sanitaria”. *Cfr.* CONCLUSIONS XXI-2 (2017), *European Social Charter. European Committee...*, *ob. cit.* Aunque seamos conscientes de la extensión desmesurada de esta nota a pie de página, traemos nuevamente a colación al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que se pronunció en la misma línea que las CONCLUSIONS XX-2 (2013), del Comité Europeo de Derechos Sociales cuando afirmaba que, “de conformidad con la Observación general N.º 14 (2000) del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no [deben] limit[ar] el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal” (*Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2012..., *ob. cit.*, parágrafo 19) y cuando, en fechas recientes, reconoce que el Decreto-ley 16/2012 ha producido un “efecto regresivo en cuanto al disfrute del derecho a la salud” al limitar “el acceso a servicios de salud a los migrantes en situación irregular” e implicar “una degradación en la calidad de los servicios de salud” e incrementar “las disparidades entre las comunidades autónomas”, por lo que propone “la derogación de las disposiciones que implicaron retrocesos en la protección del derecho a la salud”, de conformidad con los arts. 2 y 12 PIDESC (*Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2018..., *ob. cit.*, párrafos 41 y 42).

¹⁶¹ También lo pone de manifiesto SOBRINO GUIJARRO, Irene: “Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud...”, *ob. cit.*, p. 85.

y con independencia de que estas decisiones se dictaran para resolver los incidentes de suspensión de las normas impugnadas¹⁶². Hagamos un inciso y veamos cómo el Tribunal realiza esta ponderación en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre. En él se acuerda el levantamiento de la suspensión de la vigencia y aplicación de determinados preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, del Gobierno del País Vasco, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi¹⁶³. El Tribunal pondera dos intereses generales: de un lado, “el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud” y, de otro, “el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE” (FJ 5).

El Tribunal acuerda el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos del decreto vasco que se refieren solamente a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita. Para ello, el Alto Tribunal tiene en cuenta, no solo el mandato que el art. 43 CE dirige a los poderes públicos para garantizar la protección de la salud a todos los ciudadanos, sino también “la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE, que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física

¹⁶² Decisiones del Tribunal Constitucional (las dos primeras) que sirven a BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis. “Varapalo del Tribunal Constitucional...”, ob. cit., pp. 123-131, para calificarlas de varapalo de la institución a los recortes que ha conllevado la crisis para la asistencia sanitaria pública.

¹⁶³ Mediante este decreto, como veremos más adelante, se amplía en el País Vasco la cobertura sanitaria a las personas que habían sido excluidas por el Real Decreto-ley 16/2012. El Gobierno de la nación plantea ante el Tribunal Constitucional un conflicto positivo de competencias frente al Gobierno vasco y contra determinados preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio. El Tribunal Constitucional admite a trámite el conflicto positivo de competencias y acuerda la suspensión de la vigencia y aplicación del decreto impugnado. El Gobierno del País Vasco solicita el levantamiento de la suspensión del decreto. El Tribunal Constitucional resuelve el incidente de suspensión del decreto del Gobierno vasco en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre. Finalmente, el Tribunal Constitucional resolverá el conflicto de competencia en la 134/2017, de 16 de noviembre, a la que nos referiremos más adelante de forma detallada. en la que declara la inconstitucionalidad y nulidad de determinados preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio. Esta norma del Gobierno vasco puede consultarse en el *Boletín Oficial del País Vasco*, de 29 de junio de 2012.

y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos, asunto *VO c. Francia*, de 8 de julio de 2004)¹⁶⁴. Para el Tribunal, “los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles” (FJ 5).

La razón fundamental por la que el Tribunal acuerda levantar la suspensión de la vigencia de los referidos preceptos del decreto vasco, “teniendo en cuenta la concreción de los perjuicios derivados del levantamiento o del mantenimiento de la suspensión efectuada por las partes”¹⁶⁵ y “la importancia de los intereses en juego”, es “que el

¹⁶⁴ Aunque, a nuestro juicio, la sentencia del TEDH, en el asunto *VO c. Francia*, de 8 de julio de 2004, no es la más adecuada para exponer la relación existente entre ambos derechos: el derecho a la vida y el derecho a la salud. Se trata de un caso que pone de manifiesto la falta de consenso en Europa sobre el comienzo de la vida, sobre si el *nasciturus* es titular o no del derecho a la vida, si está o no amparado por el art. 2 CEDH. Un caso que ofrece una relación más estrecha entre dichos derechos es *D. c. Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997, en el que un traficante de drogas, después de haber cumplido la pena impuesta, debía ser expulsado a su país de origen. Sin embargo, al estar enfermo de sida y en fase terminal, no podía ser devuelto a su país, ya que en él no existían medios para recibir el complejo tratamiento que requería la enfermedad. Ante el riesgo de muerte que entrañaba su expulsión, y para proteger la vida, integridad física y la salud de la persona extranjera, el Reino Unido debía de continuar proporcionándole la atención sanitaria, evitando incluso incurrir en malos tratos por razones humanitarias.

¹⁶⁵ Para el representante del Gobierno vasco, entre los perjuicios asociados al mantenimiento de la suspensión, que supone una “limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias”, entre los que se encuentran “los inmigrantes sin permiso de residencia”, estarían no solo los efectos que se producirían sobre “su estado de salud individual”, sino también sobre “la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando directamente a toda la sociedad” (FJ 5). En el Antecedente 5, el Gobierno vasco, expone cómo la situación económica de los extranjeros en situación irregular, “en general precaria, y el hecho de que este colectivo se vea particularmente afectado por patologías infecciosas como el VIH, la tuberculosis, la meningitis tuberculosa, el paludismo y la hepatitis B, supone que al tiempo de quedar desasistido el colectivo, por no poder costearse el acceso a la salud, se generaría un riesgo de contagio para el resto de la población, produciéndose una amenaza de deterioro de la salud comunitaria y una falta de control sanitario que generará un problema de salud pública”. El Tribunal considera, además, que el representante del Gobierno

derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado” (FJ 5).

Aunque el Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre el fondo del asunto, el conflicto de competencia, quedaba la duda sobre cuál hubiese sido la decisión adoptada por el Tribunal si el Gobierno de la nación hubiese cuantificado el perjuicio económico o la falta de ahorro que para la Hacienda estatal supone la extensión de la cobertura sanitaria realizada por el decreto vasco. Dicho de otro modo, si el interés económico, el interés general de control del déficit podría prevalecer, a juicio del Tribunal, sobre el interés público de protección de la salud y de la integridad física de las personas¹⁶⁶. Duda que ha

de la nación no concreta los perjuicios económicos que, asociados al interés del control del déficit público, conllevaría el levantamiento de la suspensión, seguramente, como se afirma en el Auto, porque no sea posible cuantificarlos, “al poder darse la eventualidad de que se produzca sencillamente una transferencia de gasto desde la atención primaria a la atención de urgencias” (FJ 5).

¹⁶⁶ El Tribunal Constitucional mantiene, sin embargo, la suspensión de los preceptos del decreto vasco relativos a los porcentajes de prestación farmacéutica, al considerar que el Gobierno de la nación demuestra los perjuicios económicos que para el control del déficit implica la aplicación del decreto: “La Abogado del Estado aporta datos económicos de evolución del gasto farmacéutico en la Comunidad Autónoma del País Vasco (...), que ponen de manifiesto la existencia de un incremento del gasto en la misma durante los dos meses en que estuvo en vigor la norma impugnada, incremento que fue en paralelo a una disminución del gasto en las autonomías en que se aplica en su integridad la norma básica estatal. Por tanto, el perjuicio económico que, para el objetivo de control del déficit supondría el levantamiento de la suspensión parece claro, no pudiendo quedar desvirtuado por el efectivo perjuicio que pudiera derivarse para los individuos usuarios del sistema de salud, al incrementarse el porcentaje de copago” (...) “Por su parte el Gobierno vasco no aporta argumentos suficientes, ni datos que permitan inferir que la inaplicación de la resolución impugnada vaya a producir, desde el punto de vista cautelar que ahora hemos de adoptar y huyendo de toda consideración sobre el fondo del asunto, una reducción de la calidad y eficacia de la prestación farmacéutica que revierta en una lesión del derecho a la protección de la salud...” (FJ 6). Ahora bien, habría que plantearse también qué hubiera sucedido, cuál hubiera sido la solución del Tribunal, si el Gobierno vasco hubiese aportado los argumentos y datos suficientes que justificaran que la suspensión de

sido disipada en la STC 139/2016 a favor del interés económico, del control del déficit y del principio de estabilidad presupuestaria.

El Tribunal Constitucional reitera esta doctrina jurisprudencial en los Autos 114/2014, de 8 de abril y 54/2016, de 1 de marzo. En el primero resuelve levantar parcialmente la suspensión de la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra¹⁶⁷. En el segundo Auto, el Tribunal levanta la suspensión del Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana¹⁶⁸.

la decisión recurrida en relación con el porcentaje de la prestación farmacéutica supone una lesión del derecho a la salud.

¹⁶⁷ En este caso, el Abogado del Estado, para mantener la suspensión del precepto de la ley foral navarra, efectúa una valoración del incremento de gasto sustancial que supondría el levantamiento de la suspensión, contrario a la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y que cifra en 17.702.304 euros anuales (FJ 5º). Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que no resulta acreditado que el impacto económico de la Ley Foral 8/2013 comporte una desviación presupuestaria que pueda considerarse como un perjuicio económico, teniendo en cuenta, además, que el propio artículo único de la ley foral determina que la asistencia sanitaria se prestará con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra (FJ 6º).

¹⁶⁸ En este supuesto, el Abogado del Estado fundamenta la solicitud de mantener la suspensión de los preceptos impugnados del Decreto-ley, en que su levantamiento supondría un incremento considerable del gasto público, “lo que podría poner en peligro, por un lado, la viabilidad del Sistema Nacional de Salud y, por otro, que España cumpliera sus obligaciones con la Unión Europea”. Sostiene también, el Abogado del Estado, que “la generalización de la ampliación de las prestaciones sanitarias y farmacéuticas produce un efecto acumulativo que impide el correcto funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, bloquea de hecho las competencias estatales y es contrario a la seguridad jurídica” (FJ 3º). Sin embargo, el Tribunal afirma que no se puede “apreciar que el incremento de gasto que pueda conllevar las prestaciones que reconoce la norma impugnada y la incidencia que pueda tener en la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud o en las medidas de contención de déficit público justifiquen en este supuesto el mantenimiento de la suspensión”. No se explican “las razones en las que fundamenta esta conclusión. La genérica invocación de la situación de crisis económica no basta para fundamentar tales perjuicios, pues para ello habría que aportar datos concretos que pusieran de manifiesto la incidencia que tiene en la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud o en las medidas de contención de gasto; datos que el Abogado del Estado no aporta” (FJ 5º).

Finalmente, en su Voto particular, el magistrado Valdés Dal-Ré formula una observación interesante sobre el mandato interpretativo del art. 10.2 CE. Este precepto, dice el magistrado disidente, contiene “un mandato de ajuste mínimo a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos”. A partir de esa base de mínimos “los poderes públicos pueden elevar el estándar de protección constitucional de los derechos fundamentales”. Ahora bien, lo que no es razonable es que la reducción o reversión de los estándares de protección de los derechos “pretenda fundamentarse con la cobertura del art. 10.2 CE” (III.2)¹⁶⁹.

Por todas estas razones, que compartimos con el magistrado Valdés Dal-Ré, la sentencia comentada debió declarar inconstitucional y nulo el art. 3 ter de la Ley 16/2003, en la redacción establecida por el art. 1.3 del Real Decreto-ley 16/2012.

¹⁶⁹ Cfr. también, en este sentido, PONCE SOLÉ, Julio: *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada...*, ob. cit., pp. 75-76; JIMENA QUESADA, Luis, *Social rights and policies in the European Union. New challenges in a context of economic crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 133-134 y *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 180-181, en relación con la Carta Social Europea y la opinión de varias organizaciones recogida en el portal *parainmigrantes.info...*, ob. cit., cuando “lamentan que el Tribunal Constitucional [en esta sentencia] ignore los tratados internacionales y las recomendaciones de los mecanismos regionales e internacionales de derechos humanos, cuando la propia Constitución obliga a interpretar los derechos contenidos en ésta a la luz de los tratados internacionales”. Baste recordar aquí las citadas Conclusiones XX-2 (2013), del Comité Europeo de Derechos Sociales, en relación con los arts. 11 y 13 CSE y las Observaciones finales (2012 y 2018) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en relación con los arts. 2 y 12 PIDESC. Paradójicamente, el Tribunal Constitucional se aparta en la STC 139/2016 del mandato interpretativo del art. 10.2 CE, al reducir el canon o estándar internacional mínimo de protección del derecho a la asistencia sanitaria reconocido en tratados internacionales suscritos por España (la CSE y el PIDESC).

IV. Problemas competenciales resultantes de la restricción subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación administrativa irregular y de la dispar reacción de las Comunidades Autónomas

1. INTRODUCCIÓN: LOS TÍTULOS COMPETENCIALES APLICABLES

La reforma sanitaria acometida por el Decreto-ley 16/2012, se fundamenta en varios títulos competenciales del Estado, que se mencionan expresamente en la Disposición final primera de la norma de urgencia, cuando dice que “Este real decreto-ley se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.2.^a, 149.1.16.^a, 149.1.17.^a, 149.1.18.^a y 149.1.30.^a de la Constitución Española”¹⁷⁰. Por lo que se refiere a la medida de la regulación de la condición de asegurado que restringe la asistencia sanitaria al colectivo de los extranjeros en situación administrativa irregular, son aplicables directamente los títulos de los arts. 149.1.2 CE, sobre extranjería e inmigración¹⁷¹; 149.1.16 CE, sobre las bases y coordinación general de la sanidad y 149.1.17 CE, sobre la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social. A estos títulos pueden añadirse otros que actúan de forma implícita e indirecta como el del art. 149.1.1 CE, sobre la regulación de

¹⁷⁰ En contraste con la reforma introducida por el Decreto-ley 7/2018, que aunque sea menos amplia que la del Decreto-ley 16/2012, llama la atención que no contenga una Disposición final que mencione los títulos competenciales en los que se basa el Estado para acometerla y que podrían ser los regulados en el art. 149.1.2 CE, 149.1.16 CE y 149.1.17 CE, en relación con el art. 43 CE.

¹⁷¹ En virtud de esta competencia exclusiva, de carácter transversal y horizontal, al Estado le corresponde la función de regular la situación jurídico-administrativa de los extranjeros en España, pudiendo, mediante ella, vincular y condicionar la titularidad y el ejercicio de determinados derechos de los extranjeros (el derecho a la protección de la salud, entre ellos) a su situación legal en España.

las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, relacionado a su vez con el derecho a la protección de la salud, del art. 43 CE¹⁷²; o el del art. 149.1.13 CE, sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, en relación con el principio de estabilidad presupuestaria del art. 135 CE, si se tiene en cuenta que la mayoría de las medidas adoptadas por el Decreto-ley 16/2012 tienen por finalidad reducir el gasto sanitario¹⁷³.

¹⁷² SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “Extranjería y nuevos Estatutos de Autonomía”, *Revista d’estudis autonòmics i federals*, n.º. 4, 2007, p. 167, es partidario de aplicar el art. 149.1.1 a los extranjeros, a pesar de que el precepto solamente alude a “los españoles”. Ante la posibilidad de que existan regímenes diversos en las Comunidades Autónomas en diferentes aspectos relacionados con la materia de asistencia social (o la sanidad, añadimos nosotros), el Estado, a través de la competencia que le atribuye el art. 149.1.1, puede establecer, para españoles y extranjeros que residen en el territorio nacional, un estándar mínimo de sus derechos que deben ser garantizados por las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de que estas, según su capacidad de gasto, puedan ampliar, también para los extranjeros, determinadas prestaciones. No lo entiende así BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes...”, ob. cit., p. 199, que precisa que el art. 149.1.1º de la CE, solo se refiere a los españoles, no a los extranjeros.

¹⁷³ Acerca de los títulos competenciales que posee el Estado en materia de sanidad, véase el trabajo exhaustivo del profesor SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan J., “Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico”, en *Laboratorio de la Fundación Alternativas, Documento de trabajo 89/2006*, disponible en <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/bases-constitucionales-de-una-posible-politica-sanitaria-en-el-estado-autonomico>. En él se distinguen unos títulos implícitos: la dirección de la política interior del Estado (art. 97 CE) y la regulación por el Estado de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE) y unos títulos explícitos: el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y la fijación de las bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE). También pueden consultarse las siguientes obras: PEMÁN GABÍN, Juan María, *Derecho a la salud...*, ob. cit., pp. 218 y ss. y “La culminación del proceso de descentralización de la sanidad española...”, ob. cit., pp. 663 y ss.; COBREROS MENDAZONA, Edorta, “La coordinación sanitaria estatal y las Comunidades Autónomas”, *Documentación Administrativa*, núms. 230 y 231, 1992, pp. 303 y ss.; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, Iustel, Madrid, 2007, pp. 776-790; LEÓN ALONSO, Marta: *La protección constitucional de la salud...*, ob. cit., pp. 372-407. Algunas consideraciones sobre la jurisprudencia constitucional relacionada con el título competencial del art.

Tras la aprobación y entrada en vigor de las medidas reformadoras contenidas en el Decreto-ley 16/2012, las Comunidades Autónomas habían de proceder a su aplicación y desarrollo. En relación con la medida de restricción de la atención sanitaria a los extranjeros en situación irregular y la privación de la tarjeta sanitaria¹⁷⁴, algunas Comunidades Autónomas advirtieron pronto de los problemas que conllevaría su aplicación ante la falta de desarrollo normativo del Decreto-ley 16/2012. Pero también porque la exclusión de la asistencia sanitaria en atención primaria y hospitalaria recaía sobre inmigrantes sin permiso de residencia que estaban arraigados y empadronados en municipios de la Comunidad Autónoma o sobre extranjeros residentes que pasaban a una situación de irregularidad sobrevenida por la pérdida de sus empleos como consecuencia de la crisis económica. Por estos y otros motivos, las Comunidades Autónomas actuarían de forma diversa en la aplicación de esa medida del Decreto-ley 16/2012.

Antes de examinar el proceso de ejecución y desarrollo del Decreto-ley 16/2012 por las Comunidades Autónomas, hay que recordar que estas entidades territoriales hacía varios años que habían asumido competencias en sanidad¹⁷⁵. Estamos, pues, ante una materia de

149.1.16, pueden verse en nuestro trabajo, DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre lo que es básico en materia de sanidad: centralización *versus* autonomía”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 23, 2016, pp. 2 y ss.

¹⁷⁴ Recordamos que, según la Disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, perdieron la posibilidad de acceder a la asistencia sanitaria en España a partir del día 1 de septiembre de 2012.

¹⁷⁵ En general, sobre el proceso de transferencia de competencias y descentralización en la organización y gestión de la sanidad, *vid.*, entre otros, FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, *El servicio público de la Sanidad...*, ob. cit., pp. 79 y ss.; MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La formación y la crisis de los servicios...*, ob. cit., pp. 103 y ss.; COBREROS MENDAZONA, Edorta, “La coordinación sanitaria estatal...”, ob. cit., pp. 297 y ss.; PEMÁN GAVÍN, Juan María: “La culminación del proceso de descentralización de la sanidad española. El Sistema Nacional de Salud tras el cierre de las transferencias y la aplicación del nuevo sistema de financiación”, *Informe Comunidades Autónomas, 2001*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2002, pp. 651 y ss., disponible en: <http://idpbarcelona.net/publicaciones/informe-comunidades-autonomas/informe-comunidades-autonomas-2001/>; PAREJO ALFONSO, Luciano, “Constitución, Sistema Nacional de Salud...”, pp. 11 y ss.; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: “Los logros de la descentralización sanitaria”. En Juan Pemán Gavín y Mario Kölling (eds.),

titularidad compartida en la que al Estado le corresponde establecer las bases o las condiciones básicas, ex art. 149.1.16 CE, 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 adoptando políticas propias que se concretarán, a su vez, en normas legislativas y reglamentarias.

Por otro lado, hay que tener en cuenta también que, en función de las circunstancias en que se hallen los extranjeros en situación irregular, estos pueden considerarse como un colectivo desfavorecido, como un grupo en riesgo de exclusión social, que pueden recibir la atención sanitaria en virtud de la competencia exclusiva que tienen las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social, ex art. 148.1.20 CE. Además, algunas Comunidades Autónomas, con ocasión de las reformas estatutarias iniciadas a partir del año 2006, han incluido en el Estatuto 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 también en la mayoría de las normas estatutarias, de acuerdo con lo que se establezca en la ley¹⁷⁶, y dentro del marco de

La descentralización sanitaria, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2012, pp. 53 y ss.; PEÑA, Pedro, “artículo 43”, (actualizado por Sara SIEIRA), en *La Constitución española. Textos y sinopsis de cada artículo*, página web del Congreso de los Diputados, disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=43&tipo=2>; ALONSO TIMÓN, Antonio J., “Distribución constitucional de competencias y su incidencia en la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”. En Juan Francisco Pérez Gálvez (dir.), Francisco Javier López Fernández, Antonia Villegas Oliva (coords.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015, pp. 99-119 y LEÓN ALONSO, Marta: *La protección constitucional de la salud...*, ob. cit., pp. 371 y ss.

¹⁷⁶ Así, por ejemplo, el art. 23.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, reformado por la L.O. 6/2006, de 19 de julio, reconoce que “todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios

las competencias que, en materia de sanidad, productos farmacéuticos o de salud pública, hayan asumido las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía¹⁷⁷.

El reconocimiento, con carácter universal, del derecho a la protección de la salud en las normas estatutarias permitiría atribuir la titularidad del derecho a los extranjeros (ya tengan o no permiso de residencia), incluso en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos y de acuerdo con lo que dispongan las leyes, que pueden exigir el cumplimiento de determinados requisitos. El Tribunal Constitucional se opondrá, sin embargo, a esta interpretación en la STC 31/2010,

de responsabilidad pública, en los términos que se establecen por ley”. El art. 25.1 del Estatuto de Autonomía de Illes Balears, reformado por la L.O. 1/2007, de 28 de febrero, dice que “se garantiza el derecho a la prevención y a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal”. El art. 22.1, 2, a) y 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, reformado por la L.O. 2/2007, de 19 de marzo, establece que “se garantiza el derecho constitucional previsto en el artículo 43 de la Constitución Española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal. Los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a acceder a todas las prestaciones del sistema. Con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos previstos en los apartados anteriores”. El art. 14.1, 2, a) y 4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por la L.O. 5/2007, de 20 de abril, afirma que “todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios públicos de salud, en condiciones de igualdad, universalidad y calidad (...), en los términos que establecen las leyes. Los poderes públicos aragoneses garantizarán la existencia de un sistema sanitario público desarrollado desde los principios de universalidad y calidad, y una asistencia sanitaria digna, con información suficiente al paciente sobre los derechos que le asisten como usuario”. El art. 13.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, reformado por la L.O. 14/2007, de 30 de noviembre, señala que “todas las personas tienen derecho a la protección integral de su salud, y los poderes públicos de la Comunidad velarán para que este derecho sea efectivo”. Seguidamente concreta que “los ciudadanos de Castilla y León tendrán garantizado el acceso, en condiciones de igualdad, a los servicios sanitarios de la Comunidad en los términos que la ley determine. Asimismo serán informados sobre los servicios que el Sistema de Salud preste”.

¹⁷⁷ Véanse también, entre otras, las siguientes normas estatutarias: el art. 162.1 a 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; los arts. 30.48; 31.4 y 32.8 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el art. 55.1 a 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; los arts. 71.55 y 56 y 77.7 del Estatuto de Autonomía de Aragón; los arts. 71.1.4; 74.1 y 76.7 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; los arts. 9.1.24 y 25; 10.1.9 y 11.1.6 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

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 arts. 15.1 y 3 y 37.4 del Estatuto catalán¹⁷⁸.

Además, como es sabido, en relación con la naturaleza jurídica de los derechos estatutarios, el Tribunal Constitucional ha manifestado también que aquellos preceptos de los Estatutos de Autonomía en los que se reconocen derechos o principios rectores de la política social y económica, estos han de estar conectados con una materia que haya sido adquirida como competencia autonómica en el Estatuto (sanidad o salud pública), y que para que tengan plena eficacia jurídica y sean exigibles directamente ante la jurisdicción ordinaria es necesario que el legislador autonómico regule su régimen jurídico. Así se afirma expresamente por el Tribunal, en las SSTC 247/2007, de 12 de diciembre (FJ 15) y 31/2010, de 28 de junio (FJ 16), cuando dice: “El Estatuto de Autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan”. “En todo caso, lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el

¹⁷⁸ Coincidimos con DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: “Derechos de los inmigrantes sin residencia legal en España”. En Velasco, Francisco y Torres, María de los Ángeles (coords.): *Ciudades globales e inmigrantes: un estudio comparado de Chicago y Madrid*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2013, pp. 131-137, cuando discrepa de la interpretación realizada por el Tribunal, pues supone prescindir de la dicción literal de los preceptos estatutarios y de cuál fue la voluntad del legislador estatuyente, que era plenamente consciente de que los derechos sociales se estaban reconociendo a todas las personas que viven en la Comunidad Autónoma, en igualdad de condiciones, con independencia de que su residencia sea legal o ilegal.

legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justicia-bilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, al integrarse por dicho legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (arts. 81.1 y 149.1 CE)¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Sobre la debatida naturaleza jurídica de los derechos estatutarios, vid., entre otros, los trabajos de FERRERES COMELLA, Víctor; BIGLINO CAMPOS, Paloma; y CARRILLO, Marc: *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*. CEP. Madrid, 2006, pp. 9 y ss.; DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 78, 2006, pp. 63 y ss.; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: “Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 79, 2007, pp. 33 y ss.; DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 81, 2007, pp. 63 y ss.; CANOSA USERA, Raúl: “La declaración de derechos, en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, 2007, pp. 59 y ss.; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: “Derechos, principios y objetivos en los Estatutos de Autonomía reformados”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, n° 13, 2008, pp. 13 y ss.; CÁMARA VILLAR, Gregorio: “Veste y realidad de los derechos estatutarios”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 151, 2011, pp. 57 y ss.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: *La igualdad en la diversidad. Forma de Estado y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 105-137; CASTELLÁ ANDREU, José María y GRAMMOND, S. (coords.), *Diversidad, derechos fundamentales y federalismo. Un diálogo entre Canadá y España*, Atelier, Barcelona 2010, pp. 15 y ss.; TORRES MURO, Ignacio: «Derechos sociales y Comunidades Autónomas». En *Constitución y Democracia: ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. III, Universitas, S. A., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 3539 y ss. y TUDELA ARANDA, José: “La territorialización de los derechos. Las nuevas declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía y en la Unión Europea”, *Fundamentos* n° 9, monográfico sobre *La era de los derechos. La teoría general de los derechos fundamentales en sus nuevos territorios y ensamblajes*, 2016, pp. 143 y ss. Este autor pone de manifiesto, certeramente, cómo a finales de 2016 el contenido de los Estatutos sobre los derechos “ha caído en el olvido”, sorprendiendo, incluso, el intenso debate que tuvo lugar sobre su naturaleza. “Los ciudadanos ignoran completamente su contenido”, es más, lo desconocen. Los derechos estatutarios tienen una efectividad muy limitada y su desarrollo legislativo ha sido mínimo, “siendo contadas las leyes aprobadas por las Comunidades Autóno-

2. LA DIFERENTE APLICACIÓN, DESARROLLO Y EJECUCIÓN DEL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Según se ha dicho, con la reforma introducida en la LODYLE y en la LCCSNS por el Decreto-ley 16/2012, en virtud de la cual se priva a los extranjeros en situación irregular, aunque estuvieren empadronados y careciesen de recursos, de la tarjeta sanitaria del Sistema Nacional de Salud y del acceso a la atención primaria y especializada, las Comunidades Autónomas reaccionaron de forma diversa a la hora de aplicar y desarrollar el Real Decreto-ley 16/2012.

En función de esta reacción y desarrollo normativo pueden distinguirse, inicialmente, tres grupos de Comunidades Autónomas: a) las que aplican de forma efectiva el Decreto-ley 16/2012, excluyendo a los extranjeros en situación irregular de la atención primaria y especializada; b) las que no aplican de forma efectiva el Decreto-ley 16/2012, facilitando la asistencia sanitaria a los extranjeros sin autorización de residencia en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, siempre que cumplan determinados requisitos y c) las que prestan la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular en determinados supuestos mediante programas sanitarios de salud pública o de acción social.

Ahora bien, como podrá comprobarse más adelante, esta panorámica cambia con la celebración de las elecciones autonómicas de 24 de mayo de 2015, en las que los nuevos Gobiernos que se forman en algunas Comunidades Autónomas aprueban normas de diferente tipología que amplían también la asistencia sanitaria a los extranjeros sin recursos en situación administrativa irregular, aunque condicionada al cumplimiento de determinados requisitos. La convocatoria y la celebración de las elecciones autonómicas, con sus resultados, dio lugar también a una tímida, aunque frustrada, reacción del Gobierno de la nación que, a comienzos de septiembre de 2015, entrega a las Comunidades Autónomas un documento con la finalidad loable de

mas en esta materia”. Pero es que, además, la crisis económica ha dado lugar a que “los derechos de prestación hayan sufrido significativos recortes (...), en la mayoría de los casos, protagonizados por las Comunidades Autónomas como titulares de las competencias respectivas” (p. 163).

armonizar y homogeneizar la normativa existente de las Comunidades Autónomas sobre la asistencia social y sanitaria a los extranjeros sin permiso de residencia que careciesen de recursos económicos. Finalidad que tratará de conseguirse con la aprobación del Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

En Italia ha existido también una situación similar de reacción por algunas regiones contra determinadas medidas aprobadas, desde el año 2008, por el Gobierno con apoyo de la mayoría parlamentaria, sobre los derechos de los extranjeros, entre ellas la restricción del derecho a la salud para el colectivo de los inmigrantes en situación irregular (“pachetto sicurezza”). Así, por ejemplo, el Parlamento de la Toscana aprobó una ley regional, la Ley n° 29, de 9 de junio de 2009, sobre Normas para la acogida, la integración participativa y la tutela de los ciudadanos extranjeros en la Región de Toscana. Esta ley extendía la asistencia y la tarjeta sanitaria a los nacionales de terceros países en situación irregular y a los nuevos ciudadanos de la Unión Europea (búlgaros y rumanos) que se encontrasen temporalmente en Italia sin trabajo y sin cumplir con los requisitos para empadronarse. El Gobierno de la nación acudió a la Corte Constitucional presentando un juicio de legitimidad constitucional contra algunos preceptos de la ley toscana por invadir las competencias que el art. 117, apartados 2, letras a) y b) y 9 de la Constitución atribuyen exclusivamente al Estado en materia de inmigración, de la condición jurídica de extranjero o de las relaciones del Estado con la Unión Europea. En particular, contra el art. 2.2 de la ley regional, que prevé medidas específicas a favor de los extranjeros en situación irregular que inciden sobre el régimen de entrada y estancia de los extranjeros, que es competencia exclusiva del legislador estatal. El Gobierno consideraba también inconstitucional el art. 6, párrafo 35, de la ley toscana al garantizar a todas las personas presentes en el territorio regional, aunque careciesen de permiso de residencia, determinadas medidas socio-asistenciales urgentes, necesarias para garantizar el respeto a los derechos fundamentales reconocidos a toda persona en la Constitución y normas internacionales. Para el Gobierno, esta norma atribuía a la región la facultad de determinar el contenido de las prestaciones asistenciales urgentes, creando incluso un sistema socio-asistencial paralelo para los extranjeros que se encontraran en situación irregular en el territorio del Estado (FJ 4).

La Corte Constitucional, en la sentencia 269/2010, de 28 de julio, declaró inadmisibles y no fundadas las cuestiones de legitimidad constitucional promovidas contra las normas de la ley toscana en relación con el art. 117 CI. La Corte, estableció, entre otras consideraciones, recordando jurisprudencia anterior, que “el extranjero es titular de todos los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a la persona” (SCC 148/2008). En particular, con referencia al derecho a la asistencia sanitaria, ha precisado que existe “un núcleo irreductible del derecho a la salud protegido por la Constitución como un ámbito inviolable de la dignidad humana (SCC 252/2001), que debe ser reconocido también a los extranjeros cualquiera que sea su posición respecto de las normas que regulan la entrada y permanencia en el Estado, pudiendo el Estado prever diversas modalidades de su ejercicio” (FJ 4.1). La Corte entiende que la norma regional impugnada se sitúa en el ámbito de los principios fundamentales sobre la tutela de la salud de la legislación del Estado (Decreto legislativo n° 286, de 25 de julio de 1998), cuando garantiza, en el ejercicio de su competencia legislativa, el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros que se encuentren en la región, haciéndolo además con pleno respeto a lo establecido por el legislador estatal en materia de entrada y permanencia del extranjero en Italia, también respecto de aquel que no tenga un permiso válido de entrada” (FJ 4.1)¹⁸⁰. Ha de recordarse que el art. 35.3 del Decreto legislativo n° 286 de 1998, dispone que “a los extranjeros presentes en el territorio nacional, que no cumplan con las normas de entrada y residencia, se les asegure, en los establecimientos públicos acreditados, la atención ambulatoria y hospitalaria urgente o esencial, o incluso continuada, para enfermedades y lesiones, así como los programas de medicina preventiva destinados a la protección de la salud individual y colectiva”. “Les serán garantizados en particular: a) la protección social del embarazo y de la maternidad, en igualdad de trato que las ciudadanas italianas (...); b) la protección de la salud

¹⁸⁰ Cfr. sobre este caso, VRENNI, Massimiliano: “El derecho a la protección de la salud de los extranjeros...”, ob. cit., pp. 224-227. Con esta decisión, según afirma el autor, la Corte Constitucional vincula la normativa toscana con la tradición de la tutela del derecho a la salud para los extranjeros en situación irregular. Ofrece, en definitiva, un amplio amparo a la normativa regional (p. 227). *Vid.* también GIOIOSA, Manuel “Los derechos sociales de los extranjeros en Italia...”, ob. cit., pp. 584-585.

del menor (...); c) las vacunas según la normativa y en el ámbito de las campañas de prevención colectiva autorizadas por las regiones; d) las medidas preventivas internacionales; e) las profilaxis, el diagnóstico y el tratamiento de las enfermedades infecciosas y posible remedio de los brotes relacionados”.

La misma asistencia sanitaria que se otorga a los extranjeros en situación administrativa irregular ha de reconocerse también a los ciudadanos europeos que no reciben atención sanitaria en su Estado de origen, como por ejemplo Rumanía. Así se reconoció por la Corte Constitucional en la SCC 299/2010, de 18 de octubre (FJ 2), en un juicio de legitimidad constitucional presentado por el Presidente del Gobierno de la nación contra algunos preceptos de la Ley de la Región de Apulia, n° 32, de 4 de diciembre de 2009, sobre Normas para la acogida, la convivencia civil y la integración de los inmigrantes en Apulia¹⁸¹.

2.1. Comunidades Autónomas que aplican de forma efectiva el Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril, excluyendo a los extranjeros en situación administrativa irregular de la atención primaria y especializada

En algunas Comunidades Autónomas como las de Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cantabria, Extremadura, Islas Baleares, La Rioja, Madrid, Murcia o Valencia, el Gobierno autonómico aplicó, a partir del 1 de septiembre de 2012, el Decreto-ley 16/2012, retirando la tarjeta y la asistencia sanitaria (en atención primaria y especializada) a los extranjeros en situación irregular aunque estuvieran empadronados y carecieran de recursos¹⁸². Ahora bien, no todas actuaron de igual modo, ya que algunas de ellas adoptaron medidas para facilitar una atención sanitaria a este colectivo en determinados

¹⁸¹ Vid., sobre el particular, CATELANI, Elisabetta: “Esquemas constitucionales y legales: posibilidades de protección y limitación a la garantía de los derechos sociales por parte del Estado y de las regiones en situación de crisis económica: fines legislativos y jurisprudenciales de garantía de los derechos sociales”, *Fundamentos* n° 9, monográfico sobre *La era de los derechos. La teoría general de los derechos fundamentales en sus nuevos territorios y ensamblajes*, 2016, pp. 327-328.

¹⁸² Comunidades Autónomas que estaban gobernadas por la misma fuerza política que la que tenía mayoría en las Cortes Generales (el Partido Popular) y que apoyaba al Gobierno de la nación que aprobó el Decreto-ley 16/2012.

casos como los de enfermedades de salud pública o de salud mental (Madrid, Islas Baleares, Murcia y Castilla y León); o acudiendo a fórmulas excepcionales como las de expedir la factura correspondiente por la prestación de la asistencia sanitaria y clasificarla contablemente como factura impagada por carecer los inmigrantes de recursos suficientes para abonar su importe (Castilla y León y Valencia). Existen también otras Comunidades de este grupo que aprobarán posteriormente programas de salud pública o de acción social (Aragón, Cantabria, o Extremadura en 2013), facilitando a los extranjeros en situación irregular una cobertura sanitaria más amplia, aunque condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos. A estas últimas nos referiremos más adelante, en el tercer grupo.

En la aplicación y desarrollo del Decreto-ley 16/2012, los Gobiernos de algunas de las Comunidades Autónomas de este grupo, a través de la Consejería competente en materia de sanidad o salud, aprobaron normas de carácter reglamentario, algunas de ellas camufladas como instrucciones o circulares internas dirigidas a centros sanitarios, que no se publican oficialmente, con la consiguiente dificultad para conocer su contenido y revisarlas judicialmente¹⁸³.

¹⁸³ Como la Instrucción interna de la Gerencia Regional de Salud de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, de octubre de 2012. Otras instrucciones que pueden incluirse en este grupo serían la Instrucción 5/2012, denominada “Instrucción tras la sincronización con SNS y sobre el acceso a la asistencia sanitaria en situaciones especiales”, distribuida el 8 de octubre de 2012 por la Agencia Valenciana de la Salud; las Instrucciones sobre la asistencia sanitaria a prestar por el servicio madrileño de salud a todas aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o beneficiario, de 27 de agosto de 2012; la Instrucción 7/2012 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud sobre “la prestación de asistencia sanitaria en los Centros del Servicio Murciano de Salud a las personas extranjeras que padezcan una enfermedad contagiosa o crónica grave y no tengan reconocida la condición de asegurado o beneficiario por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina” y la Instrucción 4/2014, de 31 de julio, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud,” sobre la prestación de asistencia sanitaria en los centros del Servicio Murciano de Salud, a los extranjeros que se encuentren en las situaciones especiales recogidas en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”; o los “Criterios generales de aplicación a la asistencia sanitaria que el Servicio de Salud de las Islas Baleares ha de prestar a todas las personas que no tengan la condición de asegurado o beneficiario”, de 30 de agosto de 2012.

Desde un primer momento, pudo constatarse una cierta confusión a la hora de aplicar el Decreto-ley 16/2012 por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas. Algunos de ellos procedieron incluso a expulsar a los inmigrantes en situación irregular de sus sistemas sanitarios cuatro meses antes de que entrara en vigor la norma de urgencia. Esa confusión en su aplicación se traslada también al personal sanitario y al personal administrativo, en unas ocasiones, por la tardanza en elaborar o en comunicar las oportunas instrucciones o directrices de ejecución; en otras, por la ambigüedad o imprecisión de las aprobadas. En este sentido, pueden apreciarse casos en los que algunas instrucciones o circulares autonómicas permitían al personal administrativo, no al personal sanitario, la potestad de decidir cuándo se estaba o no ante una situación de urgencia. O casos en los que no se decía al personal sanitario cómo actuar ante enfermedades crónicas o patologías declaradas supuestos de salud pública (VIH/Sida, gripes, hepatitis A, B y C, tuberculosis y otra serie de patologías infecto contagiosas). Esta confusión persistió, incluso, pasado ya un tiempo desde la entrada en vigor del Decreto-ley, pues continuaron denunciándose casos de desatención sanitaria a extranjeros en situación irregular que eran menores o mujeres embarazadas, o casos de suscripción de compromisos de pago, o de facturación por atención en urgencias a mayores de edad o a mujeres en el parto, o de falta de asistencia farmacológica a personas enfermas crónicas o con patologías severas, o de ruptura de la debida continuidad asistencial en atención primaria o especializada tras una atención en urgencias.

Muchos de estos casos han sido denunciados por organizaciones no gubernamentales que trabajan con emigrantes o por plataformas o colectivos de ciudadanos defensores de un modelo de sanidad universal¹⁸⁴. Los medios de comunicación se hicieron eco también de

¹⁸⁴ Véase, por ejemplo, la página web de la Organización No Gubernamental *Médicos del Mundo* y su Informe *Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo...*, ob. cit., pp. 22-30. El presidente de esta organización expuso algunos de estos casos ante los diputados de la Comisión de Sanidad del Congreso, en una comparecencia, el 18 de julio de 2013. El colectivo *Yo SÍ Sanidad Universal* recogía también en su página web, dentro del apartado de “noticias”, casos de denegación de asistencia médica en urgencias a inmigrantes mayores de edad en situación irregular y a embarazadas y menores (algunos recién nacidos); o casos de exigencia de fianza previa a la atención de urgencias, o de compromiso de

algunos de estos casos. A este respecto, puede citarse el primer caso conocido de muerte de un inmigrante en situación irregular por no recibir la asistencia sanitaria adecuada. Se trataba de un senegalés de veintiocho años, residente desde hace ocho años en España, al que, según los medios de comunicación, no se le diagnosticó la enfermedad que padecía, tuberculosis, ni recibió una asistencia hospitalaria adecuada. El joven senegalés acudió en varias ocasiones al centro de salud de referencia en Mallorca, donde se le facilitó medicación e indicó que acudiera al Hospital de Inca para que le fueran realizadas unas placas. Al no contar con tarjeta sanitaria no fue derivado al especialista correspondiente. El Hospital de Inca le negó la asistencia médica por dos veces, hasta que, tras protestar insistentemente, fue atendido en urgencias hospitalarias. Se le obligó a firmar un compromiso de pago, pero no se le practicó prueba alguna, ignorando la petición del facultativo del centro de salud. Se le facilitaron medicamentos genéricos que no le produjeron ningún efecto. El 24 de abril de 2013 falleció en su casa como consecuencia de la tuberculosis. Se afirma también que en los servicios de urgencias del Hospital de Inca, al que acudió el inmigrante senegalés, existían hojas de compromiso de pago que debían rellenar y asumir los extranjeros sin cobertura sanitaria, con el objeto de disuadir a los extranjeros indocumentados. El Gobierno balear negó que se tratara de una forma sistemática de cobro y aseguró que en las urgencias siempre se atendió a los extranjeros necesitados; aunque, la Consejería competente admitió también que pudo existir

pago, o de envío de carta de pago después de ser atendidos en urgencias; o casos en los que el personal administrativo de centros de salud niega la atención en urgencias a personas adultas sin permiso de residencia porque considera que esta solo es posible en hospitales. En algunos de estos supuestos, el incumplimiento de la normativa reformada se debe a que el personal administrativo no ha sido informado debidamente de las instrucciones de interpretación de dicha normativa o a que no se han actualizado los protocolos de facturación. Cfr. el sitio web de este colectivo, disponible en: <http://yosisanidaduniversal.net/noticias.php>. Todavía siguen existiendo casos similares como pueden verse, entre otros, en los informes de la *Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER Cinco mitos para cinco años...*, ob. cit., disponible en: <https://reder162012.org/images/Informe2015/Abril2017/Abril2017.pdf>. y *Es urgente garantizar la sanidad universal. No dejar a nadie atrás*, Madrid, 2018, disponible en: <https://reder162012.org/images/InformeOct2018/REDER-oct18-ESP.pdf>.

un error de interpretación de las decisiones del Ministerio de Sanidad sobre la atención sanitaria a los extranjeros en situación irregular¹⁸⁵.

Este caso del fallecimiento del inmigrante senegalés motivó también una actuación de oficio del Defensor del Pueblo que, en su *Informe a las Cortes Generales* del año 2013, expone cómo se había exigido la suscripción de compromisos de pago a inmigrantes en situación irregular, circunstancia por la que se había dispuesto el cese del gerente del centro. También se habían iniciado expedientes disciplinarios contra tres profesionales que atendieron al paciente, al tiempo que un Juzgado de Instrucción había acordado la apertura de diligencias previas. En este Informe del año 2013 se incluyen también actuaciones del Defensor del Pueblo en casos de pacientes sometidos a trasplante y con dificultades para efectuar revisiones clínicas en centros sanitarios de Madrid, o la adopción de medidas para garantizar la continuidad asistencial y disposición, con carácter excepcional, de un régimen de aportación reducido respecto de la prestación farmacéutica¹⁸⁶.

La institución del Defensor del Pueblo, en sus informes anuales, viene denunciando también casos similares a los expuestos, con incumplimiento incluso de la normativa sanitaria reformada. Así, en el Informe del año 2014, se mencionan casos de enfermedades crónicas y padecimientos graves de pacientes del Complejo Hospitalario de Toledo, que se atienden exclusivamente en servicios de urgencias, sugiriéndose por el Defensor del Pueblo que haya una debida continuidad asistencial en otros ámbitos como la atención primaria y la atención especializada; o casos de formalización previa de un compromiso de pago, o de la emisión de facturas por la atención prestada¹⁸⁷. En el Informe del año 2015, pueden apreciarse también numerosas recomendaciones del Defensor del Pueblo dirigidas a las Administraciones estatal y autonómicas para suprimir la emisión de facturas a extranjeros en situación irregular cuando, tras la atención en urgen-

¹⁸⁵ Información obtenida del periódico *El País*, de 10 de mayo de 2013 y de la página web citada de la ONG *Médicos del Mundo*.

¹⁸⁶ Cfr. el *Informe anual 2013 del Defensor del Pueblo...*, ob. cit., pp. 263 y ss. Sobre el caso del inmigrante senegalés (p. 265).

¹⁸⁷ Vid. el *Informe anual 2014 del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales*, Madrid, 2015, pp. 297 y ss., disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/06/Informe2014.pdf>.

cias, son derivados a otro nivel asistencial para control y seguimiento (24/02/2015, 7/04/2015); o para suprimir la emisión prematura de documentos de compromisos de pago o facturas en la atención en urgencias a inmigrantes en situación documental irregular y establecer protocolos para asegurar la continuidad asistencial de estas personas hasta el alta médica (24/02/2015). El Informe contiene asimismo una sugerencia sobre la continuidad asistencial a una paciente oncológica en situación documental irregular (5/02/2015)¹⁸⁸. En el Informe del año 2016, ya no se recogen casos, recomendaciones o sugerencias a las administraciones en relación con la asistencia sanitaria a los extranjeros sin autorización de residencia, aunque, como se dice en el documento, no haya variado la normativa general sobre las limitaciones a dicha atención sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud. No obstante, se valora positivamente la información facilitada por algunas administraciones sanitarias autonómicas, como la de Castilla-La Mancha sobre la elaboración de nueva normativa aplicable a las personas extranjeras en situación irregular, así como la “impartición de instrucciones orientadas a evitar supuestos de ruptura de la continuidad asistencial, cuestión que en su día motivó la emisión

¹⁸⁸ Cfr. el *Informe anual 2015 del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales*, Madrid, 2016, pp. 352-353, disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/02/Informe2015.pdf>. Puede consultarse también el monográfico sobre *Las urgencias hospitalarias en el Sistema Nacional de Salud: derechos y garantías de los pacientes*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/las-urgencias-hospitalarias-en-el-sistema-nacional-de-salud-derechos-y-garantias-de-los-pacientes-estudio-conjunto-de-los-defensores-del-pueblo-enero-2015>. Estudio elaborado, conjuntamente, por las instituciones españolas de Defensores del Pueblo: Defensor del Pueblo; Defensor del Pueblo Andaluz; Síndic de Greuges de Catalunya; Valedor do Pobo (Comunidad Autónoma de Galicia); Diputado del Común (Comunidad Autónoma de Canarias); Ararteko (Comunidad Autónoma del País Vasco); El Justicia de Aragón; Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana; Procurador del Común de Castilla y León y Defensor del Pueblo de Navarra, en particular sobre las prácticas frecuentes de supeditar la asistencia sanitaria en urgencias a la firma de un compromiso de pago, emitir facturas por la atención en urgencias con liquidación de gastos y no continuar con la atención en urgencias o especializada tras haber asistido al paciente en urgencias (pp. 47 y ss.). Sobre estos aspectos, véase también nuestro trabajo: DELGADO DEL RINCÓN, Luis E.: “El Defensor del Pueblo ante la desigual protección del derecho a la salud...”, ob. cit., pp. 197-198.

de varias sugerencias (14002717 y 14009799)”. También se reconoce que la Comunidad de Madrid “ha indicado que va a seguir un criterio semejante”, a pesar de que la Consejería de Sanidad no admitió una sugerencia para dejar sin efecto una factura emitida por la atención sanitaria prestada a una de estas personas en el servicio de urgencias de un hospital madrileño¹⁸⁹.

Desde organismos internacionales se han denunciado también este tipo de situaciones. Así, en relación con la desatención sanitaria a los hijos menores de extranjeros sin permiso de residencia, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en un duro informe de 9 de octubre de 2013, elaborado tras una visita a España, del 3 al 7 de junio de 2013, expone que, a pesar de que los niños extranjeros se benefician de una atención sanitaria gratuita, las organizaciones no gubernamentales han comunicado al Comisario la existencia de casos de niños inmigrantes, cuyos padres están indocumentados, a los que se les deniega en reiteradas ocasiones el acceso a una tarjeta sanitaria o la atención sanitaria. Se trata de una práctica contraria a lo dispuesto en el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En el informe se afirma también que han aumentado los casos de denegación del acceso a la atención sanitaria “debido a la confusión que prevalece entre los servicios sociales y los profesionales de la salud a raíz de la publicación de la nueva ley y de las diversas respuestas regionales”. Incluso se indica que “algunos padres inmigrantes no parecen ser conscientes de que sus hijos siguen teniendo derecho a una atención sanitaria gratuita” (parágrafo 21). En el apartado de conclusiones y recomendaciones, se establece que “las autoridades deberían asegurarse de que no se excluya a ningún niño del acceso a la atención sanitaria, independientemente de la situación legal de sus padres, incluso proporcionando una orientación clara a los profesionales sociales y de la salud a este respecto” (parágrafo 46)¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Cfr. el *Informe anual 2016 del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales*, Madrid, 2017, p. 369, disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe_anual_2016.pdf.

¹⁹⁰ Cfr. el Informe de 9 de octubre de 2013, del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (*CommDH(2013)18*), elaborado tras una visita a España, del 3 al 7 de junio de 2013, concretamente el apartado relativo a las “re-

De acuerdo con lo que se ha dicho anteriormente y ante situaciones como las descritas, algunas de las Comunidades Autónomas de este grupo adoptaron ciertas medidas para continuar prestando la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular o para ampliarla en determinados casos, como los relativos a las enfermedades de salud pública o de salud mental.

Así, en Castilla y León y en Valencia se estableció inicialmente, en instrucciones o circulares internas, que podría otorgarse la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular, aunque con la obligación de facturar los servicios prestados. No obstante, estas instrucciones admitían la posibilidad de que se dieran situaciones de facturas impagadas, al carecer los extranjeros de recursos económicos suficientes para abonar la cuantía de las prestaciones facilitadas. Incluso, en algunos casos, se contemplaba el abono de las facturas por los servicios sociales de la Comunidad, de los Ayuntamientos o de organizaciones no gubernamentales

En **Castilla y León**, una Instrucción interna de la Gerencia Regional de Salud de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, de octubre de 2012, establecía que el Servicio de Salud (SACYL) continuaría atendiendo en sus centros, particularmente en atención primaria, a la población de inmigrantes que necesitasen asistencia sanitaria, del mismo modo a como se venía haciendo hasta ahora. Ello con el fin de “evitar un incremento de demanda en los dispositivos de urgencia, reducir riesgos en el ámbito de la salud pública y paliar situaciones de patología grave con riesgo vital no inminente”.

Esta Instrucción indicaba que había de emitirse la factura correspondiente para cobrar “la asistencia prestada a cualquier persona no asegurada por el Sistema Nacional de Salud”, aunque si no pudiera pagarse por carecer aquella de recursos, pasaría a la situación de “facturas impagadas”. También decía la Instrucción que habría que prestar “asistencia a demanda en atención primaria, manteniendo la asig-

percusiones de la crisis económica y de las medidas de austeridad fiscal en los niños”, disponible en: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2356738&SecMode=1&DocId=2056532&Usage=2>.

nación de médico y enfermera”, aunque no se cubriría la prescripción farmacológica.

Por último, la Instrucción castellano y leonesa reconocía que habría que facilitar “la prestación de salud pública ante la aparición de brotes o enfermedades transmisibles, y especialmente a los afectados de tuberculosis pulmonar y VIH/SIDA”, así como el “tratamiento sustitutivo en los casos de enfermedad renal crónica e insuficiencia respiratoria” y “el seguimiento ambulatorio del trastorno mental grave por parte de las Unidades de Salud Mental”¹⁹¹.

¹⁹¹ Esta Instrucción (a la que pudimos acceder a través del colectivo médico y de la que no tenemos constancia de su publicación oficial) concretaba las actividades que comprendía la asistencia a demanda en atención primaria: las “asistenciales de diagnóstico y tratamiento, tanto de procesos agudos como crónicos, incluyendo las exploraciones complementarias que sean necesarias y los cuidados de enfermería precisos, con posibilidad de interconsultas en determinados supuestos. La prescripción se realizará mediante receta blanca”. Asimismo, afirmaba que “las instrucciones detalladas sobre el contenido y el procedimiento de esta atención se remitirán tan pronto como sea posible, una vez recibida y procesada la información del Ministerio de Sanidad, así como su incorporación a las aplicaciones asistenciales de nuestra Comunidad”. Concluía la Instrucción con la advertencia de que “hasta que no sean remitidas nuevas instrucciones, se continuará atendiendo a esta población del mismo modo que se viene haciendo hasta ahora”. A partir del 1 de septiembre de 2013, fecha en que entra en vigor el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Servicio de Salud de Castilla y León propone en el portal de *Salud Castilla y León*, disponible en: <http://www.saludcastillayleon.es/ciudadanos/es/enlaces-interes/portales-salud/ccaa>, que las personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud firmen un convenio especial con la Gerencia Regional de Salud para recibir la prestación de asistencia sanitaria, en las condiciones establecidas en dicha norma.

A pesar de lo dispuesto en la Instrucción castellano y leonesa, pueden citarse algunos casos acontecidos en esas fechas en los que se habría vulnerado la legalidad vigente, como el de la “nota informativa” colocada en la oficina de Admisión de Urgencias del Hospital General de Segovia, en la que se advierte de que para recibir “cualquier” asistencia médica es “necesario presentar la tarjeta sanitaria individual”. O, en su defecto, “cualquier otro documento de derecho a la misma: formularios, Tarjeta Sanitaria Europea...”, (periódico *El Mundo*: “La nota del “sin urgencias”, de 10 de febrero de 2013, p. 18). O el caso denunciado por una ONG burgalesa en el que el Hospital Universitario de Burgos había enviado a la sede central del SACYL en Valladolid la factura de un niño marroquí de cinco años a cuyo padre, en situación irregular, se le exigía el pago de 1.411,78 euros, por un ingreso del menor y varias atenciones en el servicio de Urgencias del Hos-

Estas actuaciones contrastan con lo previsto en el art. 13 de la Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León, que establece como objetivos prioritarios de los poderes públicos relacionados con la integración de los inmigrantes en el ámbito de la salud: “a) promover el conocimiento y la información sobre el acceso y funcionamiento del sistema sanitario; b) adaptar la atención sanitaria a las peculiares necesidades sanitarias de los inmigrantes; c) potenciar la capacitación y conocimiento del personal sanitario de las características sociales y culturales de los inmigrantes; d) expedir a los inmigrantes la tarjeta sanitaria a través de los cauces y de acuerdo con los requisitos establecidos por la normativa aplicable; e) prestar atención especial a las particulares necesidades de prevención y promoción de la salud de los inmigrantes, especialmente mujeres, menores y personas con discapacidad”. Estamos, pues, ante unos objetivos de los poderes públicos, que si bien son “prioritarios”, se configuran por el legislador de forma amplia y general, remitiéndose su aplicación a la normativa que se apruebe.

En **Valencia**, la Generalitat reconocía la voluntad de facilitar la asistencia sanitaria a quien lo necesitara, incluidos los extranjeros en situación irregular. Dicha atención sería facturada, cargándose al seguro si lo tuvieran, o al país de origen, si existía convenio bilateral, o al propio paciente. En el caso de que no se abonara por este, quedaría en situación de “impagados”. La facturación a los inmigrantes en situación irregular sin recursos podría canalizarse también a través de la asistencia social (mediante convenios con servicios sociales, Ayuntamientos y Organizaciones No Gubernamentales), como ya se hacía en casos puntuales para atender a niños de países en vías de desarrollo o a personas sin techo, a través de la llamada “tarjeta solidaria (SPS3 Personas sin recursos CV)” o “ayuda de emergencia”.

pital. Desde este centro hospitalario se admitía que se trataba de un menor y que la factura podía anularse. No obstante se pedía al SACYL que aclarara “qué debe hacerse en este caso” y que era necesaria “una normativa clara y contundente que indique qué pacientes asistidos por el sistema de salud de Castilla y León son potencialmente facturables y cuáles no”, para evitar “errores” y “equivocos” (*Diario de Burgos*, de 2 de mayo de 2013).

La Instrucción 5/2012, denominada “Instrucción tras la sincronización con SNS y sobre el acceso a la asistencia sanitaria en situaciones especiales”, establecía, en relación con la población extranjera irregular y sin recursos, que “los ciudadanos que tuvieran reconocido el derecho a prestaciones sanitarias con anterioridad al Real Decreto [16/2012] como personas sin recursos y que no hayan conseguido la condición de asegurado o de beneficiario de asegurado pasarán de forma automática a la modalidad SN 16 Na sin recursos CV. Esta modalidad no reconoce el derecho a una cobertura sanitaria pública gratuita. No obstante, dadas las especiales condiciones sociales y económicas de este colectivo se establecerán de forma específica las condiciones de facturación o gratuidad de las asistencias de carácter urgente”¹⁹². La Agencia Valenciana de Salud puso en marcha también un Programa de Protección de la Salud, al que nos referiremos más adelante.

En **Madrid**, las “Instrucciones sobre la asistencia sanitaria a prestar por el Servicio Madrileño de Salud a todas aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o beneficiario”, aprobadas por la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria, el 27 de agosto de 2012, contenían algunos criterios para actuar a la hora de facilitar la atención sanitaria a extranjeros en situación irregular en los supuestos especiales del Decreto-ley 16/2012: atención en urgencias por enfermedad grave o accidente, asistencia al embarazo, parto y postparto, menores, solicitantes de protección internacional y víctimas de trata de seres humanos. Además de ello, la norma incluía también pautas para otorgar la asistencia sanitaria por el Servicio Madrileño de Salud en los casos de enfermedades crónicas, de salud mental, o de enfermedades consideradas de riesgo para la salud pública (Enfermedades de Declaración Obligatoria)¹⁹³.

¹⁹² Instrucción distribuida el 8 de octubre de 2012 por la Agencia Valenciana de la Salud. En ella se dan también indicaciones al personal administrativo (no al personal sanitario) sobre los pasos que han de seguir en los casos de que se solicite asistencia sanitaria por una persona en situación administrativa irregular sin recursos.

¹⁹³ En esta Comunidad Autónoma continuaron denunciándose algunos casos, no aislados, de facturación y de entrega de compromisos de pago a inmigrantes en situación irregular por la prestación de servicios sanitarios en las urgencias de algunos de sus hospitales, según fuentes de la plataforma *Yo SÍ Sanidad Universal*.

En **Islas Baleares**, los “Criterios generales de aplicación a la asistencia sanitaria que el Servicio de Salud de las Islas Baleares ha de prestar a todas las personas que no tengan la condición de asegurado o beneficiario”, de 30 de agosto de 2012, contenían igualmente pautas para procurar la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular en las situaciones especiales a las que se refiere el Decreto-ley 16/2012 y en los casos de salud pública y de salud mental. Asimismo se indicaba el modo de proceder para emitir las facturas correspondientes por las prestaciones sanitarias que se hubieran otorgado (qué centros las emiten, dónde se pagan...) y la necesidad de informar al paciente sobre la posibilidad de suscribir un convenio especial¹⁹⁴.

Murcia aprobó la Instrucción 7/2012 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud sobre “la prestación de asistencia sanitaria en los Centros del Servicio Murciano de Salud a las personas extranjeras que padezcan una enfermedad contagiosa o crónica grave y no tengan reconocida la condición de asegurado o beneficiario por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina”. En ella se establecía que los extranjeros afectados de exclusión de asistencia sanitaria que a fecha 1 de Septiembre de 2012 figurase en su historia clínica el diagnóstico de una enfermedad crónica seguirían recibiendo las prestaciones sanitarias así como el procedimiento para el reconocimiento del derecho a esas prestaciones.

Las Instrucciones de 27 de agosto de 2012, pueden consultarse en el portal *Para-inmigrantes.info*, disponible en: <http://www.para-inmigrantes.info/instrucciones-sobre-la-asistencia-sanitaria-en-la-comunidad-de-madrid-592>.

¹⁹⁴ Esta Comunidad Autónoma es una de las que retiró la tarjeta sanitaria a los extranjeros en situación irregular antes de que entrara en vigor el Decreto-ley 16/2012. También en ella se denunciaron casos de personas a las que se les había obligado a firmar un compromiso de pago previo a ser atendidas en urgencias; o casos de menores de edad y de mujeres embarazadas a quienes se les había denegado la atención médica, cuando tenían derecho a ella. En Islas Baleares tuvo lugar, como se ha expuesto anteriormente, el primer caso conocido de muerte de un inmigrante en situación irregular por no recibir la asistencia sanitaria adecuada. Cfr. al respecto la citada página web de la Organización No Gubernamental *Médicos del Mundo* y su Informe *Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo...*, ob. cit., pp. 22 y ss.

2.2. Comunidades Autónomas que no aplican de modo efectivo el Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, facilitando la asistencia sanitaria a los extranjeros sin permiso de residencia en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, siempre que cumplan determinados requisitos

Algunas Comunidades Autónomas anunciaron, desde un primer momento y a través de sus representantes políticos, la voluntad de no aplicar el Decreto-ley 16/2012, facilitando la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular siempre que cumplieran determinados requisitos. Pretendían ampliar subjetiva y objetivamente la atención sanitaria prevista en la norma estatal¹⁹⁵. El incumplimiento por las Comunidades Autónomas de lo dispuesto en el Decreto-ley 16/2012, que forma parte de la legislación básica estatal, podía considerarse como una respuesta de aquellas a una regulación excesivamente detallada de las bases estatales que, como veremos, daría lugar a un conflicto competencial. En este grupo de Comunidades Autónomas se incluirían Asturias, Andalucía, Cataluña y País Vasco¹⁹⁶. A él se sumará posteriormente Navarra. Estas Comunidades Autónomas reaccionaron también frente al Decreto-ley 16/2012 interponiendo un recurso de inconstitucionalidad contra algunos de sus preceptos (también lo presentará Canarias)¹⁹⁷.

¹⁹⁵ De ahí que, a finales del mes de agosto y principios del mes de septiembre, algunos medios de comunicación, teniendo en cuenta las declaraciones de representantes políticos de diferentes Comunidades Autónomas, se hacían eco de esa situación y publicaban como noticia que algunas Comunidades Autónomas adoptaban una posición de “rebelión”, “insumisión”, “objeción”, o “desobediencia”, respecto del Real Decreto-ley 16/2012. A este respecto, pueden consultarse las versiones digitales de los siguientes medios: *El País*, 30 y 31 de agosto de 2012: (http://politica.elpais.com/politica/2012/08/30/actualidad/1346353802_152800.htm); *Huffingtonpost*, 30 de agosto de 2012: (http://www.huffingtonpost.es/2012/08/30/comunidades-autonomas-seguiran-atendiendo-inmigrantes-sin-papeles_n_1843705.htm); o *Libertad Digital*, 30 de agosto de 2012: (<http://www.libertaddigital.com/salud/2012-08-30/ocho-comunidades-seguiran-atendiendo-a-inmigrantes-irregulares-1276467205>).

¹⁹⁶ Son Comunidades Autónomas que estaban gobernadas por partidos políticos que en el Parlamento nacional se encontraban ejerciendo la oposición al Gobierno central que aprobó el Decreto-ley 16/2012..

¹⁹⁷ Ya hemos visto, en relación con la STC 139/2016, algunos de los argumentos que han sido utilizados en el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parla-

Los Gobiernos de estas regiones, a través de la Consejería competente en materia de sanidad, han aprobado diferentes normas autonómicas que facilitan a los extranjeros en situación irregular el acceso a las prestaciones sanitarias del servicio de salud autonómico en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. Se les otorga un documento acreditativo o una tarjeta especial, que puede ser provisional para un periodo de tiempo determinado, aunque susceptible de prórroga. Para obtener dicho documento es necesario cumplir determinados requisitos como el carecer de otro sistema de cobertura sanitaria, acreditar la residencia en la Comunidad Autónoma mediante el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad y no superar una cuantía de ingresos determinada. Las normas autonómicas aprobadas, salvo en el País Vasco y Navarra, son también instrucciones o circulares de servicio. Este tipo de normas tienen, por regla general, la finalidad de interpretar lo dispuesto en otras normas jurídicas de rango superior. Sin embargo, en algunos casos, al no ajustarse las instrucciones o circulares a lo previsto en las normas jurídicas superiores, puede deducirse la intención de los órganos autonómicos que las dictaron de evitar su revisión y control judicial. Aun pudiendo ser esta la finalidad que ha podido mover al órgano autonómico a aprobar este tipo de normas, consideramos que no son los instrumentos jurídicos más adecuados para ampliar el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria y para establecer los requisitos de acceso al servicio de salud autonómico¹⁹⁸.

En Asturias, con fecha de 30 de agosto de 2012, se publican unas “Instrucciones de la Consejería de Sanidad, para el Servicio de Salud del Principado de Asturias sobre la autorización de asistencia sanita-

mento de Navarra contra algunas de las medidas introducidas por el Decreto-ley 16/2012, como la inobservancia de algunos de los requisitos exigidos por el art. 86 CE para aprobar el decreto-ley, o la naturaleza del derecho a la protección de la salud y su relación con otros derechos constitucionales y con disposiciones de tratados internacionales suscritos por España. A estos argumentos se añade también por otras Comunidades Autónomas que impugnaron el Decreto-ley 16/2012 la eventual invasión de las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas por el Estado.

¹⁹⁸ Cfr. también en este sentido AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç y PRADO PÉREZ, Raquel: “Derecho a la protección de la salud...”, ob. cit., p. 107.

ria, con carácter provisional, a las personas extranjeras en situación irregular sin recursos, con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en la legislación sanitaria estatal y autonómica y para proporcionar a los profesionales de la sanidad pública unos criterios uniformes de actuación”. Estas Instrucciones establecen que los ciudadanos extranjeros en situación irregular que carezcan de recursos económicos podrán acceder, con carácter provisional, a la asistencia sanitaria ordinaria, siempre que estén empadronados en Asturias y previa solicitud en el Centro de Atención Primaria que les corresponda según su domicilio. Serán incluidos en el “Sistema de Información de Población y Recursos Sanitarios (SIPRES) y se les asignará un Código de Identificación Personal (CIP)”. Asimismo, quedarán adscritos a un “equipo básico de salud de referencia y se les autorizará temporalmente el acceso a la asistencia sanitaria en los dispositivos del Servicio de Salud del Principado de Asturias”. Sin embargo, en cumplimiento del Decreto-Ley 16/2012 no se les tramitará la Tarjeta Sanitaria Individual del Sistema Nacional de Salud. Por lo que se refiere a la prescripción farmacéutica, se realizará en recetas sin financiación pública, “comunicando al afectado que lo precise la posibilidad de dirigirse a las diferentes organizaciones no gubernamentales o asociaciones que tengan relación con los colectivos de inmigrantes, sobre las posibles fórmulas de tramitar o conseguir los medicamentos”. Además, se prorroga la autorización de acceso a la asistencia sanitaria a todas las personas que disponían de ella “en virtud de las Instrucciones dictadas por la Consejería de Sanidad, con fecha 14 de junio de 2012, sobre autorización de asistencia sanitaria, con carácter provisional, a las personas extranjeras en situación irregular sin recursos”¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Las Instrucciones de la Consejería de Sanidad, para el Servicio de Salud del Principado de Asturias sobre la autorización de asistencia sanitaria, con carácter provisional, a las personas extranjeras en situación irregular sin recursos, pueden consultarse en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias*, nº 204, de 1 de septiembre de 2012. En las noticias del 23 de diciembre de 2012, del portal de *asturSalud* del Principado de Asturias, se indicaba que el Servicio de Salud del Principado había atendido a un total de 311 extranjeros en situación irregular, empadronados en Asturias desde la entrada en vigor de las Instrucciones citadas. De los nuevos usuarios registrados, 138 eran hombres y 173 mujeres. El 79% de las personas atendidas eran menores de 44 años y sólo el 2,5% mayores de 65 años. Datos que, según la fuente institucional, confirmaban que en su mayoría “se trata de una población joven y sana, con muy poca demanda asistencial, y

En **Andalucía**, la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Andalucía manifestó desde un primer momento la voluntad de continuar prestando atención sanitaria a los inmigrantes en situación irregular en las mismas condiciones a como se venía haciendo con anterioridad a la reforma del Decreto-ley 16/2012²⁰⁰, pudiendo otorgarse por el Servicio de Salud Andaluz una tarjeta “provisional de reconocimiento temporal”²⁰¹.

que no genera un gasto especialmente relevante para el sistema público de salud”. Información disponible en el portal *asturSalud* del Principado de Asturias: <http://www.asturias.es/portall/site/astursalud/menuitem>.

²⁰⁰ Ha de recordarse aquí la trayectoria de Andalucía que, incluso antes de la LO-DYLE del 2000 que atribuía el derecho de asistencia sanitaria a los extranjeros empadronados, ya reconocía a los extranjeros en situación irregular no empadronados el acceso a prestaciones adicionales a las de urgencia como los servicios básicos de salud o las consultas externas, siempre que acreditaran recursos económicos insuficientes. Vid. ARBELÁEZ RUDAS, Mónica: “Los derechos sanitarios de los inmigrantes”. En Aja, Eliseo; Montilla Martos, José Antonio; y Roig, Eduard (coords.): *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 482-493. Como se dice también en la página web de *Médicos del Mundo*, disponible en <http://www.medicosdelmundo.org/derechoacura>, desde el 19 de marzo de 1999, se firmó un convenio de colaboración en materia de salud pública para el colectivo de inmigrantes entre la Consejería de Salud y distintas organizaciones sociales. En virtud de dicho convenio, se han articulado los instrumentos necesarios para garantizar el acceso al Sistema Público de Salud de Andalucía a todas las personas que transiten o vivan en la Comunidad Autónoma, con independencia de su procedencia o de su situación administrativa. Dicho convenio se halla enmarcado en los distintos planes de salud que han ido elaborándose. En la actualidad, se mantiene la misma voluntad política en relación con la población migrante en situación administrativa irregular.

²⁰¹ Así constaba en la web oficial del *Servicio Andaluz de Salud* de la Junta de Andalucía, que admitía que el único requisito para solicitar la tarjeta sanitaria sería el de residir en Andalucía, sin especificar un periodo de tiempo concreto. Información disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principall/documentosAcc.asp?pagina=gr_derechos_tSanitaria. La Consejera de Salud y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, en una respuesta parlamentaria, reconocía también que el sistema sanitario público andaluz seguiría atendiendo a todos los inmigrantes con residencia en la Comunidad Autónoma, en cumplimiento del art. 14 del Estatuto de Autonomía, que “prohíbe toda discriminación en el ejercicio de los derechos”. Cfr. *noticia del 13 de septiembre de 2012, del Servicio Andaluz de Salud*, disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principall/noticia.asp?codcontenido=17957>.

Con fecha 6 de junio de 2013, se publican unas “Instrucciones de la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud del Servicio Andaluz de Salud sobre el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía a personas extranjeras en situación irregular y sin recursos”. En ellas se “mantiene y se reconoce” el derecho a la asistencia sanitaria en el Sistema Sanitario Público de Andalucía a las personas extranjeras que residan irregularmente y sin recursos en Andalucía y que no tengan cobertura sanitaria según lo dispuesto en el art. 3 LCCSNS. El derecho se reconoce con carácter temporal, “por periodos de entre uno y doce meses, prorrogables si persisten las circunstancias que lo motivaron”.

La atención sanitaria comprende “la totalidad de la cartera de servicios del Sistema Sanitario Público de Andalucía”, al igual que para cualquier residente en Andalucía. “Los menores de sesenta y cinco años podrán acceder a la prestación farmacéutica mediante el pago del cuarenta por ciento del precio de los medicamentos” (instrucción 1ª). Para obtener la cobertura sanitaria se exigen los siguientes requisitos: “1) ser personas extranjeras en situación administrativa irregular; 2) no tener reconocida la condición de asegurado o beneficiario por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o por el Instituto Nacional de la Marina; 3) ser mayor de dieciocho años; 4) carecer de recursos económicos” (instrucción 2ª).

La solicitud de la cobertura sanitaria se hará por las personas interesadas en los centros de atención primaria del Servicio Andaluz de Salud. El derecho a la atención sanitaria se hará efectivo mediante la inclusión en “la Base de Datos de Usuarios del Sistema Público de Andalucía como “desplazados externos”, con un domicilio habitual en el país de origen y como domicilio de desplazamiento el que comuniquen el solicitante”. El tipo de asistencia sanitaria será “Pública andaluza” y se les asignará “clave médica de atención primaria”.

En **Cataluña** el Servicio Catalán de Salud de la Generalitat aprobó la “Instrucción 10/2012, de 30 de agosto, sobre el acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública del Servicio Catalán de Salud a los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tienen la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de

Salud”²⁰². En ella se reconoce que dichas personas podrán solicitar el acceso a las prestaciones sanitarias del Servicio Catalán de Salud, siempre que cumplan determinados requisitos: “1) no tener la condición de personas aseguradas o beneficiarias del Sistema Nacional de Salud; 2) no tener acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo de otra entidad distinta del Servicio Catalán de la Salud; 3) pasaporte en vigor o el documento acreditativo de la identidad que se haya utilizado a los efectos de la inscripción en el Padrón municipal; 4) estar empadronados en cualquiera de los municipios de Cataluña por un periodo continuado de al menos tres meses inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud; 5) tener una suma de ingresos de la unidad familiar que no supere la cuantía de la renta básica para la inclusión y protección social” (algo menos de quinientos euros para una persona y de seiscientos para una familia de tres miembros).

Las personas que cumpliendo estos requisitos hayan obtenido el reconocimiento de la asistencia sanitaria pública por el Servicio Catalán de Salud, podrán acceder a las prestaciones de un primer nivel de asistencia que comprende: “la atención urgente, incluido el transporte sanitario urgente y la atención primaria y los medicamentos prescritos en ella mediante el copago del cuarenta por ciento de su precio”. También podrán acceder a las prestaciones de los “programas sanitarios de interés para la salud pública que establece el Departamento de Salud como la atención a las drogodependencias, la atención al sida,

²⁰² Instrucción que se dicta al amparo del art. 2, apartado 2º, letra a) de la Ley 21/2010, de 7 de julio, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo del Servicio Catalán de Salud, que atribuye la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria de cobertura pública al colectivo de personas empadronadas en cualquier municipio de Cataluña que acrediten que no tienen acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública por otra entidad diferente del Servicio Catalán de Salud. También el art. 2, apartado 2º, letra b) de dicha Ley reconocía el derecho a la asistencia sanitaria a las personas que pertenecieran a colectivos en situación de riesgo de exclusión social, con independencia de que estuvieran o no empadronadas en algún municipio de Cataluña. Se hacía con fundamento en los arts. 23 (derecho de acceso de todas las personas a los servicios sanitarios) y 37.3 (desarrollo por ley del Parlamento de los derechos regulados en los capítulos I, II y III del Título I de la CE) del Estatuto de Autonomía. La Instrucción 10/2012, de 30 de agosto, puede consultarse en la página web *CatSalud* del Servicio Catalán de la Salud, disponible en: http://www20.gencat.cat/doc/salut/Minisite/catsalut/Proveidors_professionals/normatives_instruccions.

las vacunaciones y otros programas que determine el Departamento, así como la prestación farmacéutica asociada a esos programas”. Excepcionalmente, podrá autorizarse en este primer nivel de asistencia el acceso a “la atención especializada en casos de gravedad o riesgo vital para la persona”²⁰³.

Al cabo de un año de estancia continuada o de empadronamiento en Cataluña, y siempre que se acrediten los requisitos anteriores, podrá obtenerse el reconocimiento de acceso a las prestaciones de un segundo nivel de asistencia que cubre “la atención sanitaria especializada programada”. El Servicio Catalán de Salud otorgará un documento o tarjeta específica que acredite que se puede acceder a la asistencia sanitaria en uno u otro nivel.

La Instrucción 10/2012, de 30 de agosto, fue derogada por la “Instrucción 8/2015, de 22 de julio, del Servicio Catalán de Salud, por la que se regula el acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública del Servicio Catalán de Salud a los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tienen la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud”²⁰⁴. Esta nueva Instrucción concretaba y modificaba algunos de los requisitos previstos en la anterior Instrucción 10/2012 con la finalidad de ampliar la atención sanitaria pública a ese colectivo de personas por el Servicio Catalán de Salud. Así, ahora se exige: “1) no tener la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud; 2) no tener derecho a la asistencia sanitaria pública del Sistema Nacional de Salud en situaciones especiales (extranjeros menores de dieciocho años y mujeres embarazadas no registrados ni autorizados como residentes en el Estado español); 3) no tener derecho a la asistencia sanitaria en aplicación de reglamentos comunitarios y convenios internacionales, ni mediante la

²⁰³ Mediante la Instrucción 3/2013, de 5 de abril, se modifica la Instrucción 10/2012, de 30 de agosto, para el acceso excepcional a la atención especializada programada. La valoración y la propuesta de otorgamiento de este acceso excepcional ha de realizarse por la correspondiente Comisión del Servicio Catalán de Salud.

²⁰⁴ La Instrucción se fundamenta en una Resolución del Parlamento de Cataluña, sobre el sistema público de salud, aprobada por el 19 de junio de 2015, que instaba a modificar la Instrucción 10/2012, de 30 de agosto, ante la pérdida de derechos en materia sanitaria. Puede consultarse en la página web *CatSalud* del Servicio Catalán de la Salud, disponible en: <http://catsalut.gencat.cat/cal/detalls/articles/instruccio-08-2015>

suscripción de un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, ni por ser personas solicitantes de protección internacional, ni por ser víctimas de tráfico de seres humanos en período de restablecimiento y reflexión; 4) estar empadronados en cualquiera de los municipios de Cataluña (sin fijar un periodo de tiempo mínimo); 5) tener unos ingresos inferiores a la cuantía de la renta básica para la inclusión y protección social de acuerdo con la normativa reguladora; 6) no tener acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo de otra entidad diferente del Servicio Catalán de la Salud”.

La instrucción establecía también dos niveles de asistencia sanitaria. El acceso al primer nivel, que se otorga desde la fecha de empadronamiento, comprende los “programas de interés sanitario del Departamento de Salud” como los programas de salud pública que establezca dicho Departamento: “la atención a las drogodependencias; la prevención y atención al sida; la prevención y el control de las infecciones de transmisión sexual; el programa infancia y salud, incluidas las vacunaciones; la prevención y el control de las enfermedades transmisibles; el programa de atención al embarazo; la prestación farmacéutica asociada a los programas y otros programas que determine el Departamento de Salud”.

Para acceder al segundo nivel de asistencia sanitaria sí se requiere estar empadronados en Cataluña por un periodo continuado de tres meses inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud, salvo para los menores de dieciocho años, que pueden acceder desde la fecha de empadronamiento. Este segundo nivel, comprende, además de los “programas de interés sanitario del Departamento de Salud”: “la atención primaria; la especializada; la psiquiátrica y de salud mental; la sociosanitaria; la farmacéutica; el transporte sanitario ordinario y urgente; las prestaciones complementarias (nutrición, tratamientos dietoterapéuticos complejos, terapias respiratorias a domicilio y prestaciones ortoprotésicas); la rehabilitación y los trasplantes”. El Servicio Catalán de Salud otorgará un documento específico que acredite que se puede acceder a la asistencia sanitaria del primer o del segundo nivel. El del segundo nivel se entrega para un periodo de un año, aunque puede renovarse anualmente²⁰⁵.

²⁰⁵ A pesar de que la Instrucción 8/2015, de 22 de julio, ha ampliado la atención sanitaria pública en Cataluña al colectivo de los extranjeros empadronados en

El Parlamento catalán ha aprobado la Ley 9/2017, de 27 de junio, de universalización de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos mediante el Servicio Catalán de la Salud, que deroga expresamente la Ley 21/2010, de 7 de julio, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo del Servicio Catalán de la Salud, así como las disposiciones que se opongan a lo establecido en ella²⁰⁶. El art. 1 reconoce el derecho a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, mediante el Servicio Catalán de la Salud, a “todos los residentes en Cataluña”. Según el art. 2.3, son residentes: “a) las personas empadronadas en un municipio de Cataluña”, sin concretar un periodo de tiempo mínimo y “b) las personas que acrediten su arraigo en Cataluña mediante los criterios que se desarrollen por reglamento y que deben tener por objeto dar acceso a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a personas y colectivos en riesgo de exclusión social”. Bajo este apartado, dada su generalidad y heterogeneidad, podrían acceder a la asistencia sanitaria los extranjeros en situación irregular, siempre que acrediten el arraigo y estén empadronados en un municipio catalán. El art. 3.2, sobre el contenido de la asistencia sanitaria, dispone además que aquellas personas que se encuentren en Cataluña y que no tengan la condición de residentes de acuerdo con el art. 2.3, “tienen derecho, en todo caso, a la asistencia sanitaria de urgencia, independientemente de su causa, y a la continuidad de esta atención hasta la situación de alta médica o remisión de la causa por la que han ingresado en el centro o han accedido al servicio o establecimiento sanitario, sin perjuicio de que estas personas o, en

Cataluña que no tengan la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud, todavía siguen denunciándose casos de exigencia de compromisos de pago o de facturación de atención sanitaria en urgencias a personas que tienen derecho a una asistencia gratuita como extranjeros menores de edad, extranjeras embarazadas o personas solicitantes de protección internacional. Cfr., al respecto, la información facilitada por las plataformas *Per una Atenció Sanitària Universal a Catalunya (PASUCat)* y *Jo Sí Sanitat Universal*, disponible en: <http://lapasucat.blogspot.com.es>.

²⁰⁶ Contra la mayoría de los preceptos de la Ley 9/2017, de 27 de junio, presentó un recurso de inconstitucionalidad el Gobierno de la nación (arts. 1, 2 (apartados 2º y 3º), 3, 4 y 5, Disposiciones adicionales segunda, tercera, cuarta y séptima, y Disposición final primera). Sin embargo, el Gobierno ha desistido de él y el Tribunal ha admitido el desistimiento y declarado extinguido el proceso en el ATC de 16 de octubre de 2018.

su caso, los terceros obligados legalmente o contractualmente a asumir los gastos deban hacerse cargo del pago del coste de la asistencia sanitaria recibida”. El art. 3.4 añade que las personas que siendo residentes en Cataluña tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos y que, de acuerdo con lo que se establezca por reglamento, se encuentren en situación de vulnerabilidad social o sanitaria o en situación de insuficiencia económica, estarán “exentas de realizar aportaciones en la prestación farmacéutica ambulatoria”, asumiendo, en estos supuestos, el Servicio Catalán de la Salud la totalidad del gasto.

Esta norma del art. 3.4 de la ley catalana, si se aplica a personas residentes en Cataluña, pero que no están registradas ni autorizadas como residentes en España, sería contraria a lo dispuesto en el art. 102.5.e) 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 (modificado por el art. 2 del Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio), que es legislación básica y que establece que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, a las que se refiere el art. 3 ter LCCSNS, deberán abonar el 40% del precio de los medicamentos.

En el País Vasco, el Consejo de Gobierno aprobó el Decreto 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”, por el que se amplía la cobertura sanitaria a las personas que habían sido excluidas por el Real Decreto-ley 16/2012²⁰⁷. Así, el art. 2.2 establece que “aquellas personas que dis-

²⁰⁷ Basándose para ello, como dice la exposición de motivos, en que “con la promulgación de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, el derecho a la protección de la salud adquirió definitivamente carácter universal en el territorio de Euskadi para todas las personas residentes, estableciéndose en el artículo 6 de la Ley como principios informadores del sistema sanitario de Euskadi los de universalidad, solidaridad y equidad y determinando que las directrices de política sanitaria se deben ajustar a dichos principios”. Ha de mencionarse que esta Ley 8/1997, de 26 de junio, atribuía, en su art. 4.1, el derecho a la salud, con carácter universal en el territorio del País Vasco, a los residentes y transeúntes en la forma y las condiciones previstas en la legislación general. El Gobierno vasco podía ampliar en el territorio del País Vasco el catálogo de las prestaciones individuales sanitarias del Sistema Nacional de Salud, determinando su ámbito

pusiesen de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012” recibirán “idénticas prestaciones sanitarias” que las que tuvieran la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud. Ahora bien, para ello es preciso que cumplan simultáneamente los requisitos exigidos en el art. 2.3: “a) estar empadronadas en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el que tengan su domicilio habitual, por un periodo continuado de, al menos, un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria; b) ser persona perceptora de prestaciones económicas integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión o tener ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica para la inclusión y protección social de acuerdo a su normativa reguladora; c) no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título”²⁰⁸.

subjetivo y las condiciones de acceso y de cobertura financiera (art. 4.4). La exposición de motivos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, continúa diciendo que con la reciente reforma de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, por el Decreto-ley 16/2012, es necesario que “la Comunidad Autónoma de Euskadi articule las medidas para hacer efectivos los principios establecidos en el ordenamiento jurídico en ejercicio de sus competencias, garantizando la asistencia sanitaria a la población que reside en su ámbito territorial”. De este modo, el decreto vasco se elabora con el objeto de “profundizar en un desarrollo del ordenamiento básico que nos permita en la Comunidad Autónoma de Euskadi consolidar nuestras propias directrices de política sanitaria”, y “extender el compromiso que tenemos con la ciudadanía mediante la complementación del estatus prestacional básico estatal, hasta el límite de mantener los niveles de protección que hemos alcanzado en Euskadi”.

²⁰⁸ Puede advertirse que la exigencia de algunos de estos requisitos constituye una barrera, un filtro, que impide el acceso a la sanidad a algunos inmigrantes en situación irregular. Así sucede con el requisito de estar empadronado en un municipio de la Comunidad Autónoma, que sea su domicilio habitual, por un periodo continuado de al menos un año. De acuerdo con este requisito, quedarían fuera de la cobertura sanitaria del sistema vasco de salud no solo aquellas personas extranjeras que hubiesen estado empadronadas en un municipio por un periodo inferior al año, sino también aquellas otras que careciesen de documentación (ya sea porque la dejaron en su país o por su pérdida o sustracción); o las personas procedentes de los campamentos de refugiados saharauis cuya cédula de identificación saharauí no es admitida como documento de identificación; o aquellas otras que no pudieron empadronarse porque no contaban con una residencia

Las prestaciones sanitarias que pueden proporcionarse a las personas mencionadas en el art. 2, apartados 2º y 3º, se realizarán, “en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en las mismas condiciones de calidad y con la misma extensión que las correspondientes a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos del Sistema Nacional de Salud” (art. 3). Para acceder a las prestaciones sanitarias del Sistema Vasco de Salud, se expedirá a las personas a las que se refieren los apartados 2º y 3º del art. 2 “un título identificativo, personal e intransferible” (art. 5).

Como ya se ha dicho, el Gobierno de la nación, el 20 de julio de 2012, plantea ante el Tribunal Constitucional un conflicto positivo de competencia frente al Gobierno vasco y contra determinados preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, al entender que las disposiciones impugnadas afectan a materias de competencia exclusiva del Estado por contradecir la legislación básica en materia de sanidad interior (art. 149.1.16 CE). Concretamente, para el recurrente, el decreto impugnado “introduce diferencias respecto de la legislación básica en el ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita y en lo referente al régimen de copago farmacéutico”. En el primer aspecto, porque “modifica la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos prevista por la norma estatal”. El Gobierno de España solicita, asimismo, la suspensión del Decreto 114/2012, de 26 de junio. El Pleno del Tribunal, mediante providencia de 24 de julio de 2012, admite a trámite el conflicto positivo de competencias y acuerda la suspensión

fija (por causas económicas o por estar viviendo en la calle o albergues); o jóvenes inmigrantes tutelados por las Diputaciones Forales que al cumplir los 18 años y alcanzar la mayoría de edad dejasen de estarlo, perdiendo el domicilio y el empadronamiento. Como ha puesto de manifiesto Médicos del Mundo, en relación a este último colectivo, la situación ha dado lugar a que surjan prácticas fraudulentas entre personas que facilitan a otras el empadronamiento a cambio de dinero. Esta ONG ha advertido también de la adopción de algunas iniciativas positivas por algunas administraciones públicas dirigidas a reducir algunas de estas barreras administrativas, como el denominado “empadronamiento social”, realizado por los propios servicios sociales de algunos ayuntamientos (entre ellos los de Bilbao, San Sebastián y Vitoria), que realizan la inscripción en su municipio de aquellas personas que no pueden presentar su documentación identificadora. Cfr. al respecto el Informe *Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo...*, ob. cit., pp. 55-56.

de la vigencia y aplicación del decreto del Gobierno vasco, desde el día 20 de julio de 2012. Con fecha de 26 de septiembre de 2012, el Gobierno del País Vasco presenta sus alegaciones y solicita el levantamiento anticipado de la suspensión de la vigencia del decreto. El Tribunal resuelve el incidente de suspensión en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, en el que acuerda levantar la suspensión de algunos de los preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, del Gobierno vasco, en concreto, los que permiten dar asistencia sanitaria a determinadas personas excluidas por el Real Decreto-ley 16/2012²⁰⁹.

En lo que concierne a la resolución del incidente de suspensión, el Tribunal Constitucional, según doctrina consolidada, considera que ha de realizarse una ponderación entre los intereses concernidos: “de un lado, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión”. Con la advertencia de que ha de partirse de la presunción de la constitucionalidad de la norma impugnada, debiendo examinarse detalladamente los argumentos expuestos por el recurrente para justificar el mantenimiento de la suspensión (FJ 2).

En este incidente el Tribunal pondera dos intereses generales: de un lado, el interés relativo al beneficio económico y al ahorro que supone para el Estado las medidas adoptadas con la redefinición del ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud; de otro, el interés de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE (FJ 5). Además, el mantenimiento y levantamiento de la suspensión se vinculan por cada una de las partes a perjuicios claramente identificados: de un lado, a “los perjuicios económicos que pueden derivarse del levantamiento de la suspensión, sin cuantificar”; de otro, “a los perjuicios en materia de salud pública y de salud individual que se derivarían del mantenimiento de la suspensión”.

Aunque el Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre el fondo del asunto, el conflicto de competencia, sí acuerda levantar la suspensión de la vigencia de los preceptos del decreto vasco, referidos a la

²⁰⁹ Los arts. 1; 2, apartados 2º y 3º; 3; 4; 5; 6, apartados 1º y 2º; 7, apartados 2º y 3º y Disposición final primera. No así los que tratan de anular o rebajar el porcentaje de contribución al gasto farmacéutico (art. 8, apartados 1º y 2º).

ampliación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita. Compartimos el fundamento de su decisión: que “el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado” (FJ 5).

Mediante Orden de 4 de julio de 2013, del Consejero de Salud del País Vasco, se establece un procedimiento para el reconocimiento de la asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de Euskadi a las personas que no tienen la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, siempre que reúnan los requisitos establecidos en el citado art. 2.3 del Decreto 114/2012, de 26 de junio (art. 1.2)²¹⁰. En esta Orden se regula también el documento identificativo sanitario (art. 4) y el procedimiento para su emisión (art. 3). El documento identificativo tendrá “las mismas características físicas que la tarjeta individual sanitaria que se emite a quienes tienen la condición de personas aseguradas o beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. Además de dichas características, contendrá la mención expresa a su validez en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi” (art. 4.2). De acuerdo con lo dispuesto en el citado art. 3 del Decreto 114/2012, de 26 de junio, el documento identificativo “permitirá el acceso a las prestaciones sanitarias en las mismas condiciones de calidad y con la misma extensión con la que acceden los ciudadanos o ciudadanas residentes en la Comunidad Autónoma de Euskadi que tienen la condición de persona asegurada o beneficiaria del Sistema Nacional de Salud” (art. 4.3).

El Tribunal Constitucional ha resuelto el conflicto de competencia planteado en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, en la que declara la inconstitucionalidad y nulidad de algunos de los artículos del Decreto 114/2012, de 26 de junio²¹¹, por vulnerar el orden constitucio-

²¹⁰ Orden del Consejero de Salud que puede ser consultada en el *Boletín Oficial del País Vasco*, n° 139, de 22 de julio de 2013.

²¹¹ En lo que aquí interesa, los apartados 2° y 3° del art. 2 y, por su conexión con lo dispuesto en ellos, los arts. 1, el inciso “a aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de aseguradas ni de benefi-

nal de competencias. A esta sentencia y a la doctrina jurisprudencial que en ella se fija en los FFJJ 3 a 6, nos referiremos más adelante de forma detallada.

En Navarra, el Consejo de Gobierno aprobó el Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, “por el que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, por el que se establecen el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad Foral de Navarra”. Este decreto se aprueba para desarrollar lo dispuesto en el Decreto-ley 16/2012, pero también para que pudieran acceder al sistema sanitario navarro colectivos que habían quedado excluidos por la norma estatal, aunque condicionado al pago de una contraprestación y sin perjuicio de que pudieran solicitarse ayudas para afrontar su coste²¹². Para facilitar la asistencia sanitaria pública en Navarra era necesario “acreditar la residencia habitual en un municipio de Navarra con una antigüedad mínima de un año, inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud” y “no tener la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud, según lo establecido en la normativa estatal básica” (artículo único, apartado 1º). El acceso a la asistencia sanitaria no era gratuito, al exigir el decreto navarro el abono de unas cuotas de participación (artículo único, apartado 3º)²¹³. No obstante, el Decreto Foral 117/2012,

ciarios del mismo”, 3, 4, 5 y la Disposición final primera, el inciso: “para dictar las disposiciones precisas para la emisión del documento identificativo previsto en el artículo 5 y”.

²¹² Así, en la exposición de motivos del decreto foral se pone de manifiesto cómo la aprobación del Decreto-Ley 16/2012 y su normativa de desarrollo excluyen del Sistema Nacional de Salud a personas que anteriormente tenían derecho de acceso a dicho sistema, al no reconocerles la condición de asegurados y beneficiarios (entre ellos los extranjeros en situación administrativa irregular). De ahí que continúe siendo necesaria la existencia del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en Navarra. Ahora bien, continúa diciéndose, la inclusión en dicho sistema “implica la aplicación de un régimen de aportación”. Como consecuencia “del tiempo transcurrido desde la aprobación del Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, se considera necesario actualizar las cuantías de las cuotas de participación establecidas en el artículo 7 de dicho decreto foral”. El Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, puede consultarse en el *Boletín Oficial de Navarra*, n° 220, de 9 de noviembre de 2012.

²¹³ Al igual que para la suscripción de un convenio especial sanitario, se exigía el abono de 764,46 euros al año, para las personas físicas hasta los 64 años de

modificador del Decreto Foral 640/1996, se complementaba con la Orden Foral 557/2012, de 31 de octubre, del Consejero de Políticas Sociales, “por la que se aprueban las bases reguladoras y la convocatoria de concesión de subvenciones para el pago de la aportación del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral de Navarra a personas sin recursos”. Se establecía así un régimen de ayudas para que el Departamento de Políticas Sociales sufragara la aportación que debía cobrar el Servicio Navarro de Salud a personas sin recursos para poder acceder a la asistencia sanitaria. Para que estas personas pudieran ser beneficiarias de dichas ayudas era preciso que cumplieran, entre otros, los siguientes requisitos: “1) tener reconocido el acceso a la prestación del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral de Navarra; 2) tener unos ingresos inferiores a la cuantía del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) en cómputo anual y catorce pagas, en los últimos doce meses anteriores a la fecha de publicación de esta convocatoria”²¹⁴.

edad y de 2.675,62 euros al año, para las personas físicas de 65 y más años de edad. Estas cuotas de participación eran más elevadas que las determinadas en 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 (720 y 1884 euros).

²¹⁴ La Orden Foral 557/2012, de 31 de octubre, del Consejero de Políticas Sociales, puede consultarse también en el *Boletín Oficial de Navarra*, nº 220, de 9 de noviembre de 2012. Por otro lado, sobre la inclusión de ese tipo de ayudas y subvenciones en la materia competencial de la asistencia social y no en la de inmigración, cfr. la STC 172/2013, de 31 de enero (FJ 5), que reitera la doctrina fijada en la STC 227/2012 de 29 de noviembre. Para el Tribunal, la asistencia social, en sentido abstracto, “abarca una técnica de protección, situada extramuros del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que le separan de otras afines o próximas a ella. Se trata de un mecanismo protector de situaciones de necesidades específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta. Entre sus caracteres típicos se encuentran, de una parte, su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios y, de otra, su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos. De esta forma, la asistencia social vendría conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces (STC 36/2012, de 15 de marzo (FJ 4))”.

El Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, modificador del Decreto Foral 640/1996, que se dicta tras la publicación del Real Decreto-Ley 16/2012, se oponía a lo previsto en una norma anterior y de superior jerarquía, la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra. Esta Ley establecía en su art. 11.1 que “la asistencia sanitaria pública, de cobertura universal, se extiende a todas las personas que residan en los municipios de la Comunidad Foral de Navarra. También se extiende a los inmigrantes que residan en los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa”²¹⁵. Con el objeto de evitar la situación de inseguridad jurídica que se había creado para algunas personas y solucionar el conflicto normativo originado, el Parlamento navarro aprueba una ley, la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra²¹⁶. El artículo único de esta Ley dispone de forma tajante que “todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra, con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra, cualquiera que sea su edad,

²¹⁵ La Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, continuaba con lo previsto en la legislación foral anterior como la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud de Navarra, modificada por la Ley Foral 2/2000, de 25 de mayo y la Ley Foral 9/1999, de 6 de abril, para una Carta de Derechos Sociales, modificada, a su vez, por la Ley Foral 13/2008, de 2 de julio, que reconocían el acceso a la atención sanitaria pública en Navarra a los ciudadanos residentes y empadronados en Navarra, cualquiera que fuese su situación legal o administrativa.

²¹⁶ En su exposición de motivos se reconoce claramente que la Ley recoge “la reiterada voluntad del Parlamento de Navarra, mostrada, primero, en la Ley Foral 2/2000, de 25 de mayo, por la que se extendió la cobertura sanitaria del sistema sanitario público a todos los inmigrantes residentes en la Comunidad Foral, y luego, en la mencionada Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de mejorar de forma notable el común denominador sanitario público del Estado, ahora recogido en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, y con el fin de dejar proclamado, reconocido y garantizado en Navarra el derecho de acceso de todos los residentes en Navarra, cualquiera que sea su situación legal o administrativa, a la asistencia sanitaria pública y gratuita que presta el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra, con cargo a los fondos públicos de esta, se hace preciso dictar esta Ley Foral”.

nacionalidad o situación legal o administrativa” (apartado 1º). Por “residencia” se entiende “el hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno” (apartado 2º). La Administración sanitaria expedirá a dichas personas un documento de identificación para acceder al régimen de la asistencia sanitaria pública en Navarra (apartado 3º). “Aportada la documentación que acredite la residencia, la Administración sanitaria expedirá (...) un documento de identificación de acceso al régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en Navarra” (apartado 3º). El sistema sanitario público de la Comunidad Foral prestará la misma asistencia sanitaria que “la que presta a los poseedores de la tarjeta sanitaria individual del Sistema Nacional de Salud” (apartado 4º)²¹⁷.

Contra el Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, modificador del Decreto Foral 640/1996, el Gobierno de la nación plantea un conflicto positivo de competencias ante el Tribunal Constitucional, al estimar que el legislador autonómico ha invadido las competencias del Estado de los arts. 149.1.1, 2, 16 y 17 CE, al no haber adaptado su legislación de desarrollo a la nueva legislación básica del Estado²¹⁸.

²¹⁷ La Disposición Derogatoria Única de la ley foral deroga expresamente el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, así como “sus modificaciones y disposiciones de desarrollo y cualesquiera otras disposiciones de igual o inferior rango que se opongán a lo dispuesto en esta Ley foral”. En consecuencia, se deroga también el Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, que modifica el Decreto Foral 640/1996. (La ley está publicada en el *Boletín Oficial de Navarra*, nº 43, de 4 de marzo de 2013).

²¹⁸ Como reconoce el Abogado del Estado, el Decreto 117/2012, de 31 de octubre, posibilita el acceso a las prestaciones del sistema sanitario público navarro, a personas que la nueva normativa estatal no incluye en el Servicio Nacional de Salud. En concreto, tal y como establece el artículo único, apartado 1º, y la Disposición transitoria primera, a “los extranjeros en situación irregular en España” y a “los españoles, nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea inscritos en el registro central de extranjeros, y nacionales de otros Estados titulares de autorización para residir en territorio español, en los casos en que no se encuentren en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 2.1 a) del Real Decreto 1192/2012 y además, tengan ingresos superiores a cien mil euros en cómputo anual”. Para el Abogado del Estado, “la divergencia entre la regulación estatal y la autonómica no puede entenderse como un mero desarrollo de la primera, cuando su verdadera pretensión es establecer el acceso de personas “excluidas” por la norma que supuestamente desarrolla”. Asimismo, en relación

El Tribunal Constitucional lo admite a trámite por providencia de 29 de enero de 2013, acordando la suspensión cautelar de la vigencia y aplicación del decreto foral. El Gobierno de Navarra solicita el levantamiento anticipado de su suspensión, indicando que no invade las competencias del Estado, ya que complementa y mejora las previsiones de la legislación básica estatal en materia de sanidad, mediante un régimen de universalización de la asistencia sanitaria en Navarra y se financia con recursos propios de la Comunidad Foral. El Gobierno navarro esgrime también que el levantamiento de la suspensión no produce “perjuicio alguno para el interés público ni para el de terceros mientras que el mantenimiento de la suspensión acarrea graves perjuicios al interés público y al de terceros, pues un importante grupo de personas perderían el derecho a la asistencia sanitaria ordinaria, con los consiguientes riesgos para la salud pública y de colapso de los servicios de urgencias”. El Abogado del Estado, por el contrario, considera que el levantamiento de la suspensión del decreto supondría, por un lado, el “desconocimiento de las decisiones básicas estatales en relación con la financiación del sistema sanitario, con los consiguientes riesgos para la política estatal de contención de déficit público”. Por otro, daría lugar a “una situación de desigualdad a favor de los residentes en Navarra en relación con el resto de los españoles, derivada de la ampliación de la prestación farmacéutica de modo descontrolado e insolidario, pues incrementa el número de beneficiarios, los cuales realizan una aportación inferior”²¹⁹.

El Tribunal Constitucional, mediante el ATC 87/2013, de 23 de abril, acuerda no pronunciarse sobre el levantamiento o mantenimiento de la suspensión del Decreto Foral 117/2012, al entender que había sido derogado por la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra. Sin embargo, el Tribunal, en la STC 18/2018, de 22 de

con la extensión de la cobertura financiera, el apartado 3º del artículo único del Decreto Foral 117/2012, establece unas aportaciones para contribuir a la financiación del régimen de universalización, que contradicen la configuración de dichas aportaciones contenida en la Ley 16/2003, en la redacción que le da el Real Decreto-ley 16/2012.

²¹⁹ Cfr. el ATC 87/2013, de 23 de abril (Antecedentes 6 y 8).

febrero, considerará que la derogación del Decreto Foral 117/2012 por la Ley Foral 8/2013 “no supone automáticamente la desaparición del objeto” del conflicto positivo de competencias planteado²²⁰. De ahí que esta decisión resuelva dicho proceso declarando la inconstitucionalidad y nulidad del artículo único, apartados 1º y 2º del Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, así como de sus Disposiciones adicionales primera y segunda; transitorias primera y segunda y derogatoria única, que son preceptos instrumentales de los que se han recurrido con carácter principal. El Tribunal fundamenta la inconstitucionalidad y nulidad de estas normas en la doctrina fijada en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, FFJJ 3 a 6, sobre vulneración del orden constitucional de competencias, a la que nos referiremos más adelante²²¹.

Asimismo, contra la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, el Presidente del Gobierno de la nación interpuso un recurso de inconstitu-

²²⁰ Para el Tribunal, “el análisis del contenido de la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, permite concluir que el mismo reproduce, en parte, el del Decreto Foral 640/1996, modificado por el Decreto Foral 117/2012, objeto del presente proceso constitucional, por lo que la derogación de este último no concluye en la desaparición del objeto de este conflicto positivo de competencias”. “Los artículos 2.1 y 4.1 del Decreto Foral 640/1996 encuentran su equivalente en los apartados primero y segundo del artículo único de la Ley Foral 8/2013, por lo que el motivo de la controversia sigue vivo. Asimismo puede entenderse que el conflicto se mantiene respecto de las disposiciones adicionales primera y segunda del Decreto Foral 117/2012, así como respecto de las disposiciones transitoria segunda y derogatoria única, preceptos todos ellos instrumentales de los que se han recurrido con carácter principal”. En cambio, sobre el artículo único, apartados 3º y 4º, del Decreto Foral 117/2012, que actualiza las cuotas de aportación de los usuarios del sistema sanitario navarro, previstas en los arts. 7.1 y 7.3 del Decreto Foral 640/1996, nada prevé la Ley Foral 8/2013, por lo que “puede afirmarse que no pervive el conflicto”. Cfr. la STC, 18/2018, de 22 de febrero, FJ 2.

²²¹ Cfr. la STC 18/2018, de 22 de febrero, FFJJ 3 y 4. Contra la sentencia formula Voto particular los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré, Juan Antonio Xiol Ríos, Cándido Conde-Pumpido Tourón y María Luisa Balaguer Callejón, por las razones expuestas en el Voto particular presentado a la STC 134/2017, de 16 de noviembre. También formula otro Voto particular el magistrado Antonio Narváez Rodríguez por las razones expuestas igualmente en el Voto particular a la STC 134/2017, de 16 de noviembre. A todos ellos nos referiremos más adelante cuando analicemos la STC 134/2017, de 16 de noviembre.

cionalidad²²². Este fue admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 17 de diciembre de 2013, acordando la suspensión de la vigencia y aplicación de la ley foral impugnada. El Tribunal, por el ATC 114/2014, de 8 de abril, resuelve levantar parcialmente la suspensión de la ley foral utilizando los mismos argumentos que invocó en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, resolutorio del incidente del levantamiento de la suspensión del Decreto 114/2012, de 26 de junio, del Gobierno del País Vasco. Finalmente, el Tribunal Constitucional declarará también la inconstitucionalidad y nulidad de la ley foral (el artículo único y la Disposición adicional y, como complementarias de estas normas, las Disposiciones derogatoria y final) en la STC 17/2018, de 22 de febrero, que se remite igualmente a la doctrina fijada en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, FFJJ 3 a 6, sobre vulneración del orden constitucional de competencias, a la que nos referiremos más adelante²²³.

2.3. Comunidades Autónomas que prestan la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular en determinados supuestos mediante programas sanitarios de salud pública o de acción social

Un tercer grupo de Comunidades Autónomas comprendería aquellas que adoptaron una posición intermedia respecto del Decreto-ley

²²² Al considerar que la extensión por la ley navarra del derecho de asistencia sanitaria pública a todas las personas con residencia en Navarra, sin excepción alguna, contradecía la normativa básica estatal, dictada al amparo del art. 149.1.1, 16 y 17 CE. También se vulneraban, en opinión de la parte recurrente, las competencias del Estado del art. 149.1.2 CE, al reconocerse a los extranjeros en situación irregular el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud con el único requisito de estar empadronados en Navarra sin atención a tiempo alguno, lo que excedía de lo previsto en la legislación estatal en la materia.

²²³ Cfr. la STC, 17/2018, de 22 de febrero, FFJJ 4 a 6. Contra la sentencia formulan también Voto particular los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré, Juan Antonio Xiol Ríos, Cándido Conde-Pumpido Tourón y María Luisa Balaguer Callejón, por las razones expuestas en el Voto particular presentado a la STC 134/2017, de 16 de noviembre. Asimismo formula otro Voto particular el magistrado Antonio Narváez Rodríguez por las razones expuestas igualmente en el Voto particular a la STC 134/2017, de 16 de noviembre. A todos ellos nos referiremos también más adelante cuando analicemos la STC 134/2017, de 16 de noviembre.

16/2012. Así, basándose en la competencia exclusiva que tenían en materia de asistencia social y servicios sociales, crearon programas sanitarios de salud pública o de acción social, orientados primordialmente a prestar la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular en supuestos de enfermedades crónicas o infecto-contagiosas. Algunos de estos programas ampliarán también la atención sanitaria a otros casos.

La cobertura sanitaria a los extranjeros sin permiso de residencia con enfermedades crónicas o padecimientos graves y la continuidad asistencial de estos procesos constituye también una de las preocupaciones del Defensor del Pueblo en el momento de aplicación de la reforma introducida por el Decreto-ley 16/2012. Así puede advertirse de la Recomendación 167/2013, en la que el Defensor del Pueblo reclama una aclaración sobre el alcance de la atención sanitaria y de su continuidad. El Ministerio de Sanidad no acoge la Recomendación. En su respuesta oficial alude “al parecer de la Comisión Europea sobre la no existencia en el Derecho de la Unión Europea de una norma que obligue a ofrecer asistencia sanitaria a los ciudadanos extranjeros en situación irregular”. Sin embargo, como dice el Defensor del Pueblo, “el texto completo de la posición de la Comisión refleja claramente que no existe competencia comunitaria en materia de derecho de acceso a la salud, lo que explica que no se haya regulado la asistencia sanitaria a este colectivo”. Es más, añade el Defensor del Pueblo, que la Comisión Europea menciona “la necesidad de tener en cuenta lo previsto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que obligan a proteger los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida”. En su respuesta oficial, el Ministerio de Sanidad, arrojando balones fuera, señaló que “en el caso de que se carezca de cobertura sanitaria y de recursos, los servicios sociales de las comunidades autónomas deberían establecer ayudas para hacer efectiva la prestación sanitaria a inmigrantes irregulares”. Afirmación que, como expone con acierto el Defensor del Pueblo, “no permitiría cumplir con el objetivo que justifica la exclusión de estas personas de la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud: minoración del déficit público y contención del gasto, ya que el costo de la asistencia seguiría siendo asumido por las administraciones públicas”. El Ministerio de Sanidad admite,

sin embargo, que “la protección de la salud pública genera una serie de actuaciones, tanto preventivas como reactivas, y puede contemplar prestaciones no vinculadas a la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud. Su ámbito es, no obstante, limitado a determinados procesos (VIH/Sida, tuberculosis, enfermedades inmunoprevenibles, determinadas enfermedades mentales y enfermedades emergentes o tropicales, entre otras)”.

La Recomendación del Defensor del Pueblo tenía un alcance mayor, ya que pretendía que se estableciera una atención integral para casos graves, estuvieran o no vinculados con problemas de salud pública. Aun cuando no se toma en consideración, en el informe del Defensor del Pueblo se señala también que, en algunos casos, la Administración sanitaria ha tenido que “atemperar por vía práctica los rigores de la norma” y facilitar una atención sanitaria singular a personas inicialmente excluidas, “aunque por procedimientos informales”²²⁴.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, aprobó el 18 de Diciembre de 2013, un documento de *Intervención sanitaria en situaciones de riesgo para la salud pública*²²⁵, que, entre otros objetivos, perseguía la adopción por las Administraciones sanitarias de las medidas necesarias para que los servicios asistenciales y los de salud pública, establezcan una coordinación efectiva para realizar las tareas clínicas derivadas de la detección de riesgos para la salud pública. El documento enmarca e identifica aquellas situaciones que se consideran de potencial riesgo para la salud pública y establece las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud dirigidas “al seguimiento y control de las situaciones de riesgo para la salud pública de la población, así como a evitar los riesgos asociados a situaciones de alerta y emergencia sanitaria”. La prestación sanitaria se ofrecerá preferiblemente en atención primaria, e incluirá acciones

²²⁴ Cfr. el *Informe anual 2013 del Defensor del Pueblo...*, ob. cit., pp. 263 y 264. En el *Informe anual 2014 del Defensor del Pueblo...*, ob. cit., pp. 297-298, pueden encontrarse también quejas ante el Defensor del Pueblo sobre casos de enfermedades crónicas y padecimientos graves que, tras su atención en urgencias, no se les da continuidad asistencial en otros ámbitos (atención primaria y atención especializada).

²²⁵ Disponible en: <http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/home.htm>.

preventivas, diagnósticas, terapéuticas y de control del problema en curso. No concreta si estas acciones serán gratuitas para los extranjeros en situación irregular, simplemente dice que se realizarán según lo establecido en la normativa vigente. Por lo que se refiere a la medicación necesaria para el tratamiento de estas enfermedades, “en caso de que demuestre la no disponibilidad de recursos”, el documento indica que “se contemplará como “campana sanitaria” y se entregará en el dispositivo habilitado al efecto en el servicio de salud”. Será de máximo interés “la identificación del paciente objeto de la prestación sanitaria”, utilizándose para ello “la tarjeta sanitaria individual”, de la que carecen las personas que se hallen en España en situación irregular. No obstante, se prevé que “si el usuario en el momento de la prestación sanitaria carece de código de identificación se le facilitará un código de identificación en el Sistema Nacional de Salud a efectos clínicos”²²⁶.

Algunas de las Comunidades Autónomas que inicialmente crearon unos programas sanitarios de salud pública o de acción social fueron Galicia y Canarias, en 2012. Posteriormente, en 2013, se sumaron otras que estaban situadas en el primer grupo, como Aragón, Cantabria, Extremadura o Valencia. Las Comunidades Autónomas del segundo grupo han previsto también en su normativa este tipo de cobertura sanitaria.

Las Consejerías competentes en materia de sanidad o salud de estas regiones han dictado normas autonómicas (generalmente instrucciones o circulares) que regulan estos programas sanitarios de salud pública o de acción social. En ellos se habilitan procedimientos para la elaboración de un registro y para la obtención de un documento que acredite a los extranjeros en situación irregular como usuarios del servicio de salud autonómico. Ahora bien, el acceso a dichos programas y documentos acreditativos se condiciona a que los extranjeros cumplan determinados requisitos como los de carácter identificativo, de empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un mu-

²²⁶ Como se dice en el Informe de Médicos del Mundo, *Dos años de reforma sanitaria...*, ob. cit., p. 10, no deja de ser contradictorio que un programa diseñado para proteger la salud pública de la población, establezca límites en el acceso normalizado a determinadas prestaciones y servicios especializados, así como al tratamiento de esas enfermedades que pueden entrañar un riesgo para la salud colectiva.

nicipio de la Comunidad Autónoma, de carácter económico, como no superar una cuantía de ingresos determinada o el carecer de otro sistema de cobertura sanitaria. Requisitos que pueden variar de unas Comunidades Autónomas a otras, dando lugar a una desigual protección de la salud en este ámbito por razón del territorio. Por otro lado, la exigencia de esos requisitos y la burocracia existente para su tramitación dificultan considerablemente el acceso de los extranjeros a dichos programas²²⁷.

En Galicia, la Instrucción 10/2012, de 31 de agosto, “sobre la prestación de asistencia sanitaria en Galicia a las personas que no tienen la condición de asegurado o de beneficiario reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto

²²⁷ La Organización No Gubernamental Médicos del Mundo, en el citado Informe *Dos años de reforma sanitaria...*, ob. cit., pp. 14-15, ofrece datos del escaso éxito que están teniendo algunos de estos programas como consecuencia de las trabas burocráticas que conlleva la inclusión en ellos. Así, en relación con el programa gallego, indica que transcurrido un año y medio desde su puesta en marcha, solamente 1.470 personas se han beneficiado de él. Conclusión que se extiende también a otros programas similares, como el Programa Aragonés de Protección Social de la Salud Pública, al que, en febrero de 2014, sólo han accedido 500 personas de las 12.615 que perdieron la tarjeta sanitaria, o las 145 personas que en la misma fecha han ingresado en el programa canario, de las 48.000 a las que se les retiró la tarjeta sanitaria. En esta línea, el Defensor del Pueblo ha iniciado de oficio actuaciones sobre el Programa Aragonés de Protección Social de la Salud Pública, entre cuyas finalidades está la atención a personas que no ostentan la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud. Según los interesados, “los complicados trámites exigidos y la insuficiente información estaban dificultando la efectividad del mismo”. El Defensor del Pueblo plantea la exención de uno de los requisitos exigidos para acceder al Programa, el “no poder exportar el derecho a la asistencia sanitaria desde el país de origen o procedencia”, para “aquellos supuestos en los que los interesados demuestren que han solicitado ante la institución competente del país de procedencia la emisión del correspondiente certificado, sin que, por causas ajenas a su voluntad, se le haya expedido”. En su contestación, el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón expresó que “el informe de un trabajador social podría suplir la imposibilidad de obtener el referido certificado”. También se comunica por la Administración sanitaria aragonesa que se adopta “un amplio elenco de medidas para difundir los requisitos y la documentación a presentar para la inclusión en dicho programa”. Cfr. el *Informe anual 2013 del Defensor del Pueblo...*, ob. cit., p. 265 y el *Informe anual 2014 del Defensor del Pueblo...*, ob. cit., p. 298.

Social de la Marina”²²⁸, prevé la creación de un Programa gallego de protección social de salud pública, al que pueden acceder todas aquellas personas que a partir del 1 de septiembre de 2012 no tengan derecho de asistencia sanitaria por carecer de la condición de asegurado o de beneficiario. Entre estas personas estarían los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, que se encuentren en Galicia, y que no tengan ni puedan tener asistencia sanitaria pública por las vías reguladas en España, ni puedan exportar el derecho desde su país de procedencia. En el caso de que tampoco pudieran acceder al programa de protección social de salud pública, la Instrucción dispone que podrán recibir asistencia sanitaria por el Servicio Gallego de Salud en los supuestos contemplados en el art. 3 ter LCCSNS, añadido por el Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril (urgencia; embarazo, parto y posparto; menores de dieciocho años). La Instrucción citada alude también a “Programas de salud pública para los casos de enfermedades que supongan riesgo para la salud de la ciudadanía, destinados a las personas que no puedan recibir asistencia sanitaria por otra vía”. La Consejería de Sanidad y el Servicio Gallego de Salud dictarán instrucciones sobre el procedimiento de atención. En todo caso, la atención sanitaria cubrirá “el diagnóstico y el seguimiento de la enfermedad hasta el alta médica, con independencia de las instituciones o dispositivos sanitarios donde se preste”.

Será la Instrucción de 21 de septiembre de 2012, la que regule “la creación del Programa gallego de protección social de salud pública”²²⁹. En ella se establecen los requisitos necesarios para solici-

²²⁸ La resolución de 31 de agosto de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad por la que se acuerda la publicación de la Instrucción 10/2012, de 31 de agosto, “sobre la prestación de asistencia sanitaria en Galicia a las personas que no tienen la condición de asegurado o de beneficiario reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina”, se publica en el *Diario Oficial de Galicia*, n° 175, de 13 de septiembre de 2012. Aunque dichas instrucciones de 31 de agosto podían consultarse en el portal del *Servicio Gallego de Salud* y la información sobre su contenido podía facilitarse en los centros sanitarios, ante la existencia de un amplio colectivo de personas que podían resultar afectadas, se aprueba la resolución de 31 de agosto de 2012 ordenando su publicación en el *Diario Oficial de Galicia*.

²²⁹ La resolución de 21 de septiembre de 2012, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad, por la que se acuerda la publicación de la Instrucción de 21 de septiembre de 2012, “de creación del Programa gallego de protección social de salud pública”, puede consultarse en el *Diario Oficial de Galicia* n° 193, de 9 de

tar la inclusión en el programa: “1) no tener derecho a la condición de asegurado ni de beneficiario reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina (ISM), ni tener suscrito un convenio especial para recibir asistencia sanitaria, ni poder exportar el derecho a la asistencia sanitaria desde su país de origen o procedencia; 2) estar empadronado en un municipio de la Comunidad Autónoma de Galicia, con una antigüedad igual o superior a ciento ochenta y tres días; 3) no disponer de ingresos, en España o en su país de origen o procedencia, superiores, en cómputo anual, al indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM)”. Para la prestación de la asistencia sanitaria es necesario presentar un documento de inclusión en el Programa gallego de protección social de salud pública, acompañado de un documento acreditativo de identidad.

Las personas incluidas en el programa tendrán acceso a “las prestaciones de la cartera común básica y suplementaria de servicios del Sistema Nacional de Salud, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia”. Asimismo, contribuirán al copago farmacéutico con “la misma cuota que corresponde a los ciudadanos comunitarios y de países con convenios bilaterales de asistencia sanitaria de Seguridad Social no identificados como pensionistas”. Las prestaciones de asistencia sanitaria para las personas incluidas en este programa serán realizadas exclusivamente en el ámbito geográfico de Galicia y no se extenderán al resto del Estado ni al extranjero. La solicitud para acceder al programa podrá realizarse hasta el 1 de junio de 2013. La inclusión en el programa tiene validez “para un año, pudiendo renovarse anualmente mediante la presentación de la documentación correspondiente en la que se haga constar que no ha variado la situación”.

En **Canarias**, se publica una Orden de la Consejería de Sanidad de 14 de diciembre de 2012, “por la que se aprueban unas actuaciones en materia de Promoción de la Salud, Prevención de la Enfermedad y

octubre de 2012. Aunque a la información de dichas instrucciones de 21 de septiembre de 2012 podía accederse a través del portal del *Servicio Gallego de Salud* y de los centros sanitarios, ante la existencia de un amplio colectivo de personas que por diferentes motivos no tenían asistencia sanitaria puntual por alguna de las vías de aseguramiento público existentes, se aprueba la resolución de 21 de septiembre de 2012 ordenando su publicación en el *Diario Oficial de Galicia*.

Prestación de la Asistencia Sanitaria Básica, dirigidas a personas extranjeras, no autorizadas ni registradas como residentes en territorio español, que carecen de recursos económicos suficientes”. Estas actuaciones, que constituyen un programa de acción social, tienen como objetivo general “mejorar el nivel de salud” de las personas a las que van destinadas, los extranjeros, no autorizados ni registrados como residentes en territorio español, que carecen de recursos económicos suficientes y que residen en la Comunidad Autónoma Canaria. Son objetivos específicos: “a) facilitar el acceso a la asistencia sanitaria básica (...), prestando la asistencia sanitaria necesaria, que incluirá los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades”, así como “la atención sanitaria necesaria a aquellos con necesidades particulares o especiales”; “b) evitar el potencial epidémico de las enfermedades infectocontagiosas a través del diagnóstico en la población diana; “c) prevenir el aumento de los índices de enfermedad en la población diana” (apartado 1.1 y 2).

Los requisitos que han de cumplir las personas a las que van destinadas el programa de las actuaciones referidas son los siguientes: “1) ser mayor de edad; 2) no tener derecho a la condición de asegurado ni de beneficiario reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina (ISM), ni a exportar el derecho a la asistencia sanitaria desde el país de origen o procedencia; 3) no tener suscrito un convenio especial para recibir asistencia sanitaria; 4) estar empadronado en un ayuntamiento de la Comunidad Autónoma de Canarias, con una antigüedad igual o mayor a un año, o en varios ayuntamientos hasta totalizar el tiempo requerido de forma continuada; 4) no disponer de ingresos, en España o en su país de origen o procedencia, que sean iguales o superiores en el cómputo anual al IPREM (indicador público de renta de efectos múltiples, 532,51 euros mensuales), o cuando, aun superando dicho límite, el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo fuera igual o menor a la mitad del IPREM” (apartado 2.1).

Para ser incluido en el ámbito subjetivo del conjunto de actuaciones en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y prestación de asistencia sanitaria básica, habrá de cumplimentarse una solicitud por los interesados, a la que se adjuntará una amplia documentación (apartado 2.3). Con el inconveniente de que no todos los

extranjeros en situación irregular van a poder aportar algunos de los documentos necesarios para acreditar los requisitos exigidos, como sucede, entre otros, con el certificado de renta de las personas físicas emitido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Las Gerencias de Atención Primaria y las Gerencias de Servicios Sanitarios, si se cumplen los requisitos establecidos, acreditarán, mediante documento emitido al efecto, la inclusión en dichas actuaciones. Con este documento y el que acredite la identidad del paciente, se podrá recibir la asistencia sanitaria con cargo al conjunto de actuaciones referidas.

Las actividades a las que podrán acceder serán las siguientes: “la asignación de un médico de atención primaria; la realización de métodos diagnósticos, preventivos y terapéuticos básicos de las enfermedades, en atención primaria y especializada, en el marco de la cartera común básica de servicios; la atención urgente no incluida en el art. 3.ter.a) LCCSNS” (apartado 3.1). Por el contrario, tienen excluidas las siguientes actividades: “una segunda opinión médica; las garantías en cuanto a plazos, reconocidas a los pacientes atendidos con cargo al Sistema Nacional de Salud de conformidad con el art. 25 LCCSNS y su normativa de desarrollo; el traslado a centros fuera del territorio de la Comunidad Autónoma; el derecho a la asistencia sanitaria en otras Comunidades Autónomas o en el resto de países miembros de la Unión Europea; el derecho a la prestación de farmacia ambulatoria. En este supuesto el paciente deberá abonar el 100% del precio” (apartado 3.2)²³⁰.

La Orden de 14 de diciembre de 2012, se modifica por otra de 16 de agosto de 2013²³¹, por la que se acuerda “la puesta en marcha de las actuaciones en materia de promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria para ciudadanos extranjeros sin recursos”. Con esta Orden se pretende simplificar el procedimiento de solicitud de inclusión en el programa, sustituyendo

²³⁰ La Orden de la Consejera de Sanidad de 14 de diciembre de 2012, “por la que se aprueban unas actuaciones en materia de Promoción de la Salud, Prevención de la Enfermedad y Prestación de la Asistencia Sanitaria Básica, dirigidas a personas extranjeras, no autorizadas ni registradas como residentes en territorio español, que carecen de recursos económicos suficientes”, puede consultarse en el en el *Boletín Oficial de Canarias*, nº 12, de 18 de enero de 2013.

²³¹ Publicada en el *Boletín Oficial de Canarias*, nº 173, de 9 de septiembre de 2013.

algunos de los documentos que habían de aportarse y que eran de difícil acceso para los interesados, por un informe de los profesionales de Trabajo Social basado en la declaración responsable de los interesados.

Las dos órdenes anteriores se reforman por la Orden de la Consejería de Sanidad de 10 de diciembre de 2015, “por la que se modifican las actuaciones en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria, para personas extranjeras sin recursos”²³². Mediante esta Orden, como dice su preámbulo, se amplía el ámbito subjetivo del programa y el contenido de las prestaciones incluidas; se simplifica el procedimiento limitando la documentación que las personas solicitantes deben aportar, suprimiendo el trámite de la emisión del informe de los profesionales del Área de Trabajo Social y aceptando la declaración responsable como fórmula para acreditar el cumplimiento de determinados requisitos.

El colectivo al que están dirigidas las actuaciones que comprende el programa está constituido por “aquellas personas extranjeras que acrediten el cumplimiento de cada uno de los siguientes criterios de inclusión” (modificación del apartado 2.1): “1) ser mayor de edad; 2) no tener derecho a la condición de asegurado ni de beneficiario reconocido por el INSS, o, en su caso por el ISM, ni a exportar el derecho a la asistencia sanitaria desde el país de origen o procedencia; 3) no tener suscrito un convenio especial para recibir asistencia sanitaria; 4) estar empadronado, con permanencia continuada, en un ayuntamiento de la Comunidad Autónoma de Canarias, con una antigüedad igual o mayor a tres meses o de varios ayuntamientos hasta totalizar el tiempo requerido de forma continuada; 5) no disponer de ingresos, en España o en su país de origen o procedencia, que sean iguales o superiores en el cómputo anual a 1,5 veces el valor del IPREM, o cuando, aun superando dicho límite, el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo fuera igual o menor a la mitad del IPREM; 6) para los nacionales de la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) o Suiza, no estar asegurado en ningún Estado miembro de la UE, el EEE o Suiza, así como no estar inscritos en el Registro Central de Extranjería; 7) para

²³² Publicada en el *Boletín Oficial de Canarias*, nº 241, de 14 de diciembre de 2015.

los nacionales del resto de países, no tener autorización vigente como residente en España; 8) no estar incluidas en las situaciones especiales a las que se refiere el artículo 1.3 del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, ni en las disposiciones adicionales cuarta y quinta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto”.

En relación con el procedimiento, se modifica el apartado 2.3, que establece que “la solicitud de inclusión en el ámbito subjetivo de este conjunto de actuaciones se realizará de manera individual, aun en el caso de tratarse de una unidad familiar. El solicitante será responsable de la veracidad y exactitud de los datos declarados”.

En lo que respecta a las actividades incluidas, se modifica el apartado 3.1, que dispone que a las personas incluidas en el programa dirigido a los extranjeros sin recursos económicos suficientes y empadronados en la Comunidad Autónoma de Canarias se les garantizará “la asistencia sanitaria incluida en la cartera común de servicios del SNS. La aportación del usuario sobre el precio de los medicamentos será del 40%. Esta cantidad será del 10%, en los medicamentos pertenecientes a los grupos ATC de aportación reducida, con el máximo que se establezca para los asegurados y beneficiarios del SNS”. Quedan excluidas las siguientes actividades (modificación del apartado 3.2): “el traslado a centros fuera del territorio de la Comunidad Autónoma; el derecho a la asistencia sanitaria en otras Comunidades Autónomas o en el resto de países miembros de la Unión Europea”²³³.

En **Aragón**, la Instrucción de 19 de abril de 2013, de la Dirección General de Calidad y Atención al Usuario, “por la que se crea el Programa Aragonés de Protección Social de la Salud Pública”, establecía que podrían acogerse a este programa “los inmigrantes con documentación identificativa válida y en vigor”, siempre que cumplieran los siguientes requisitos: “1) no tener derecho a la condición de asegurado ni de beneficiario reconocido por el INSS o por el ISM; 2) no estar incluidos en las situaciones especiales del art. 1.3 del Decreto-

²³³ En el portal *parainmigrantes.info*, disponible en: <http://www.parainmigrantes.info/programa-canario-atencion-sanitaria-extranjeros-situacion-irregular/>, se recoge una información de la Consejería de Sanidad del Gobierno canario según la cual, transcurrido un año de la entrada en vigor de la Orden de 10 de diciembre de 2015, 1.184 personas se han acogido al programa canario de atención sanitaria a extranjeros en situación irregular y sin recursos.

ley 16/2012 y disposiciones adicionales cuarta y quinta del Decreto 1192/2012; 3) no tener suscrito un convenio especial para recibir asistencia sanitaria; 4) no poder exportar el derecho a la asistencia sanitaria desde el país de origen o procedencia; 5) no disponer de ingresos en España o en su país de origen o procedencia superiores en cómputo anual al IPREM; 6) estar empadronados en un ayuntamiento de la Comunidad Autónoma de Aragón con una antigüedad igual o superior a seis meses”²³⁴.

Cumplidos los requisitos y acreditados mediante la documentación pertinente, se incluía a las personas en el programa por un año, renovable anualmente, siempre que se diesen las circunstancias que motivaron su introducción en el programa. Se les emitía un documento que acreditase su inclusión en el programa y se les registraba en la correspondiente base de datos de usuarios. Las personas incluidas en el programa podían acceder a “las prestaciones de la cartera común básica de servicios del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón”.

La Instrucción de 19 de abril de 2013, de la Dirección General de Calidad y Atención al usuario, “por la que se crea el Programa Aragonés de Protección Social de la Salud Pública” ha sido derogada por la Instrucción de 7 de agosto de 2015, de la Consejería de Sanidad, “por la que se regula el acceso a la asistencia sanitaria en Aragón para las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes ni cobertura de asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud”, entre otros motivos, según dice su preámbulo, porque los requisitos establecidos en aquella Instrucción dejaban fuera a un número importante de personas extranjeras sin recursos económicos, e implicaban la creación de un Programa diferenciado que podía llevar a desigualdades en el acceso a la prestación de la asistencia sanitaria. De ahí que con la nueva Instrucción, se modifiquen los requisitos y se amplíe la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular sin recursos.

²³⁴ Sobre los complicados trámites exigidos y la insuficiente información para acceder al Programa Aragonés de Protección Social de la Salud Pública, *vid.* las quejas y actuaciones del Defensor del Pueblo en los *Informes del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales* (2013), p. 265 y (2014), p. 298, a las que ya nos hemos referido *supra*.

Así, conforme a la Instrucción de 7 de agosto de 2015, podrán acceder a la asistencia sanitaria del Servicio Aragonés de Salud “las personas extranjeras que residan en Aragón, carezcan de recursos económicos suficientes y no entren en el ámbito de cobertura establecido en el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud” (instrucción primera).

La atención sanitaria cubrirá la totalidad de las prestaciones “de la Cartera de Servicios del Servicio Aragonés de Salud, en igualdad de condiciones de acceso que el resto de asegurados, dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Aragón”. En relación con la prestación farmacéutica ambulatoria, los usuarios a los que se aplica esta Instrucción aportarán “el 40%” si son “personas menores de 65 años” y “el 10%” si son “mayores de 65 años, con el límite mensual mínimo establecido por la legislación vigente para este último supuesto. Esta cantidad será del 10 % en el caso de medicamentos sometidos a aportación reducida”. El acceso a las prestaciones sanitarias se reconoce “por períodos de un año prorrogables, si persisten las circunstancias que lo motivaron” (instrucción segunda)

Para que las personas extranjeras sin recursos económicos accedan a la asistencia sanitaria del Sistema Sanitario Público de Aragón se exigen los siguientes requisitos: “1) tener la condición de extranjero no registrado ni autorizado a residir en España; 2) estar empadronado y con residencia efectiva en algún municipio de la Comunidad Autónoma de Aragón un mínimo de tres meses; 3) no poder exportar el derecho a la asistencia sanitaria desde el país de origen; 4) no tener derecho al reconocimiento por cualquier otra Administración, de la condición de asegurado o beneficiario; 5) ser mayor de 18 años; 6) no disponer de recursos económicos suficientes” (instrucción tercera). Todavía se amplía más la asistencia sanitaria en Aragón ya que podrán incluirse en “este sistema de acceso” “personas que no cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 [instrucción tercera], pero reúnan criterios de necesidad sanitaria y emergencia social” (instrucción quinta).

La instrucción cuarta se refiere a la documentación que ha de acompañarse a la solicitud: “el documento acreditativo de la identidad del solicitante”; “el certificado de empadronamiento en algún municipio de la Comunidad Autónoma de Aragón”. “En casos excepcionales se admitirán otros documentos que puedan servir para acreditar la resi-

dencia efectiva, o un informe justificando la imposibilidad de obtener el empadronamiento en este momento”; “el documento acreditativo de la insuficiencia de recursos económicos”. Para acreditar esta situación “el interesado deberá aportar una Declaración responsable del solicitante donde consten los ingresos y recursos de su unidad. Se considerará como límite de ingresos por solicitante una cantidad equivalente a dos veces y medio el IPREM en cómputo anual”. Cuando se acredite que el solicitante cumple con los requisitos anteriores se le dará el alta definitiva en “la Base de Datos de Usuarios del Sistema de Salud de Aragón” y se le emitirá “el Documento Temporal Acreditativo del Acceso a la Asistencia Sanitaria en Aragón”.

La Disposición adicional de la Instrucción de 7 de agosto de 2015 prevé, además, que a partir de su entrada en vigor “no se pedirán compromisos de pago, ni se emitirán facturas por la asistencia sanitaria prestada, a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de estas Instrucciones, salvo que existan terceros obligados al pago de la asistencia o se trate de nacionales de países con los que exista convenio bilateral de Seguridad Social”.

En **Cantabria**, la Orden SAN/20/2013, de 25 de noviembre, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, “por la que se crea el Programa Cántabro de Protección Social de la Salud Pública”²³⁵, establecía los mismos requisitos que la instrucción aragonesa para que las personas a las que se destinaba pudieran acogerse al programa social de salud pública (art. 2). Regulaba también el procedimiento para ser incluido en el programa, la documentación que había de aportarse junto a la solicitud y su tramitación (arts. 3 a 5). La inclusión en el programa, que era por un año, conllevaba la emisión de un documento que acreditaba dicha circunstancia.

Las personas acogidas al programa constaban en la correspondiente base de datos y podían acceder a todas las prestaciones de la cartera común básica y suplementaria del Sistema Nacional de Salud, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria (art. 7). En relación con la prestación farmacéutica, la cuota de aportación que se asignaba a las personas incluidas en el programa se adecuaba a “lo es-

²³⁵ Esta Orden puede consultarse en el *Boletín Oficial de Cantabria*, nº 234, de 5 de diciembre de 2013.

tablecido para los ciudadanos comunitarios y de países con convenios bilaterales de asistencia sanitaria de la Seguridad Social no identificados como pensionistas” (art. 8).

La Orden SAN/20/2013, de 25 de noviembre, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, “por la que se crea el Programa Cántabro de Protección Social de la Salud Pública” será derogada por la Orden SAN/38/2015, de 7 de agosto, de la Consejería de Sanidad, “por la que se regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas residentes en la Comunidad Autónoma que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública”, a la que nos referiremos más adelante.

Extremadura aprueba la Instrucción conjunta nº 1 de 15 de Julio de 2013, de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud (SES) y de la Dirección General de Planificación, Calidad y Consumo de la Consejería de Salud y Política Social, sobre “Creación y Aplicación del Programa de Atención Sanitaria de Seguimiento en la Comunidad Autónoma de Extremadura (PASCAEX)”²³⁶. Como decía su preámbulo, la aprobación del programa se justifica por la incidencia que la reforma del Decreto-ley 16/2012 ha tenido sobre “la situación de los extranjeros irregulares”, que “puede acarrear problemas de salud pública, ya constatados con respecto a los extranjeros no empadronados al amparo de la legislación precedente”. Hay que tener presente que “la no cobertura en atención primaria a las personas en situación administrativa irregular, obligará, en muchos casos, a que estas personas esperen hasta que consideren que su situación es lo bastante grave para justificar su presencia en los servicios de urgencias. Esta situación, podría provocar efectos secundarios en la población residente ya que pueden contraer enfermedades y propagarlas”.

El programa estaba destinado a “aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo y no tengan acceso

²³⁶ La Instrucción podía consultarse en el portal *Salud* de Extremadura, disponible en: <http://www.saludextremadura.com/web/portalsalud/listadoDestacados/-/destacados/LkN8/content/instruccion-sobre-creacion-y-aplicacion-del-programa-pascaex?redirect=/web/portalsalud/>.

a un sistema de protección sanitaria pública en España, ni puedan exportar el derecho desde el país de procedencia si fuera el caso, y que no puedan suscribir un convenio especial” (apartado 1º). Para acceder y ser incluido en el programa se exigían los mismos requisitos que los previstos en las normas cántabra y extremeña, con la particularidad de que el empadronamiento en cualquiera de los municipios de la Comunidad extremeña ha de ser “con una antigüedad igual o mayor a seis meses, de forma continua o discontinua” (apartado 3º). La inclusión en el programa, que era por “un año”, susceptible de “renovación anual”, conllevaba la emisión de un documento identificativo personal e intransferible que acreditaba dicha circunstancia (apartados 5º y 8º).

Las personas acogidas al programa podrán acceder a todas las prestaciones de asistencia sanitaria “en las mismas condiciones y en la misma extensión que las correspondientes a la asistencia sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud”, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, con la singularidad de que “la aportación a farmacia” por los ciudadanos que se acojan al programa será “del 50% (...) para aquellos fármacos que se dispensen en las oficinas de farmacia de Extremadura mediante la prescripción en receta oficial” (apartado 2º).

La Instrucción conjunta nº 1 de 15 de Julio de 2013, sobre “Creación y Aplicación del Programa de Atención Sanitaria de Seguimiento en la Comunidad Autónoma de Extremadura (PASCAEX)”, se entiende derogada por la Ley 7/2016, de 21 de julio, medidas extraordinarias contra la exclusión social, que sustituye al Decreto-ley 1/2016, de 10 de mayo, de igual título, a los que nos referiremos más adelante.

En **Valencia** se aprobó una Instrucción de 31 de julio de 2013, de la Secretaría Autonómica de Sanidad “por la que se informa de la puesta en marcha del Programa Valenciano de Protección de la Salud”, que sería aplicada por la Agencia Valenciana de Salud²³⁷. El Programa tiene por objeto, entre otras actuaciones “la prevención de la enfermedad y prestación de asistencia sanitaria”, así como “la prevención y tratamiento de enfermedades de declaración obligatoria,

²³⁷ La Instrucción de 31 de julio de 2013 puede consultarse en la página web de la *Agencia Valenciana de Salud*, disponible en: http://www.san.gva.es /documents/152919/169224/PROTECCION_SALUD.pdf.

enfermedades infectocontagiosas y enfermedades mentales, que sean determinadas por los órganos internacionales, estatales u autonómicos competentes en materia de salud pública y salud mental”. Está dirigido a todas aquellas personas que reúnan, simultáneamente, los siguientes requisitos: “1) ser extranjero mayor de edad; 2) no tener reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social la condición de asegurado o beneficiario del derecho a la prestación de la asistencia sanitaria con cargo a los fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud; 3) no exportar el derecho a la asistencia sanitaria desde el país de origen o procedencia; 4) no tener terceros obligados al pago; 5) no reunir los requisitos exigidos para la suscripción de un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria; 6) estar empadronado en cualquier municipio de la Comunidad Valenciana con una antigüedad igual o superior a un año desde que la puesta en marcha del presente programa; 7) que la renta anual de la unidad familiar sea inferior a 1,5 veces el valor del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM)”. La inclusión en el programa, previa solicitud del interesado y acreditados los requisitos anteriores mediante la documentación pertinente, tendrá una duración de un año, susceptible de renovación anual.

Las personas incluidas en el programa tendrán derecho a las siguientes prestaciones: “asignación de profesionales en el ámbito de la atención primaria; inclusión en los programas de prevención de la enfermedad y otros programas de interés sanitario que se pongan en marcha en la Conselleria de Sanitat; la realización de métodos diagnósticos, preventivos y terapéuticos básicos de las enfermedades, en atención primaria, especializada y salud pública, en el marco de la cartera común básica de servicios”. En lo que respecta al tratamiento farmacológico, este “forma parte del proceso asistencial hospitalario del paciente y por tanto, se dispensará la medicación en todos los casos donde se preste la atención sanitaria y bajo las mismas condiciones. En los supuestos de tratamiento farmacológico ambulatorio, las personas incluidas en el programa deberán abonar el 40% del precio de venta al público de los medicamentos”²³⁸.

²³⁸ Según el Informe ODUSALUD, *Observatorio del Derecho Universal a la Salud de la Comunitat Valenciana*, nº 10, abril, 2015, disponible en: <http://odusalud.blogspot.com.es/p/documentos-para-sensibilizacion-y.html>, después de diecio-

La Instrucción de 31 de julio de 2013, de la Secretaría Autonómica de Sanidad “por la que se informa de la puesta en marcha del Programa Valenciano de Protección de la Salud” se entiende derogada, aunque no conste expresamente, por el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana, al que nos referiremos en el apartado siguiente.

Incluimos aquí, por tratarse también de programas de acción social, la creación de dos de ellos en las Comunidades Autónomas de Murcia y La Rioja, aunque su aprobación se haya producido después de las elecciones autonómicas de mayo de 2015.

En **Murcia**, se aprueba la Instrucción 6/2015, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, “por la que se crea un programa de protección social para la prevención, promoción y atención a la salud de la población extranjera en situación administrativa irregular, residente en la Región de Murcia y con recursos insuficientes”²³⁹. Como dice su preámbulo, dentro del marco de las competencias exclusivas

cho meses desde la aprobación del Programa Valenciano de Protección de la Salud, aunque se ha producido una mejora en las condiciones de acceso a los servicios sanitarios públicos de las personas a las que iba dirigido, “su eficacia ha sido muy escasa” respecto de las numerosas personas que habían quedado excluidas del derecho a la asistencia sanitaria (solo ha alcanzado a cubrir al 6% de las personas a quienes iba destinado). De ahí que se hable de cierto “fracaso” del programa, motivado fundamentalmente por dos circunstancias: una, que “los requisitos exigidos por la Conselleria de Sanitat dejan sin posibilidad de acceso a una parte considerable de las personas a quienes sería aplicable”; dos, que “aun cumpliendo los requisitos exigidos para su inclusión en el Programa, sólo puede acreditarlos con documentos una parte de las personas en situación de exclusión sanitaria por las dificultades administrativas y el coste para su obtención en los países de origen”. También se critica en dicho informe la pasividad de la Conselleria de Sanitat para la difusión del programa, incluso entre el propio personal.

²³⁹ Publicada por la Resolución de 13 de noviembre de 2015 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud en el *Boletín Oficial de la Región de Murcia*, nº 266, de 17 de noviembre de 2015. Esta instrucción “deroga en su totalidad y sustituye a la instrucción 7/2012 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud sobre la prestación de asistencia sanitaria en los Centros del Servicio Murciano de Salud a las personas extranjeras que padezcan una enfermedad contagiosa o crónica grave y no tengan reconocida la condición de asegurado o beneficiario por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina” (instrucción séptima).

que a la Región de Murcia atribuye el art. 10.18 de su Estatuto de Autonomía en “materia de asistencia y bienestar social y promoción e integración de los emigrantes y demás grupos sociales necesitados de especial protección”, es preciso “adoptar medidas sociales para la prevención, promoción y atención a la salud que permitan prestar una asistencia sanitaria a este colectivo en situación de vulnerabilidad [los extranjeros no registrados ni autorizados, con permanencia efectiva y sin recursos económicos], por razones humanitarias y porque toda inversión en salud es una contribución decisiva al bienestar social”. La “cooperación y solidaridad son acciones que van a permitir mantener y mejorar el nivel de salud colectiva”²⁴⁰.

Las personas a las que va dirigida la norma y que podrán solicitar la inclusión en el Programa de protección social son “las personas extranjeras no autorizadas ni registradas como residentes en España, que carezcan de recursos económicos suficientes y con residencia efectiva en alguno de los municipios de la Región de Murcia” (instrucción primera). Los requisitos necesarios para que estas personas puedan acceder a la prestación social sanitaria serán los siguientes: “1) no tener derecho a recibir asistencia sanitaria con carácter continuado en ninguna de las modalidades contempladas en la legislación estatal; 2) no tener derecho a exportar a España el derecho a recibir asistencia sanitaria de su país de origen; 3) no haber acreditado recursos suficientes ni tenencia de un seguro médico para el acceso a la residencia, o estancia por estudios, prácticas no laborales, intercambio de alumnos, y voluntariado; 4) estar empadronado o mantener residencia efectiva en algún municipio de la Región de Murcia al menos los tres meses previos a la solicitud; 5) estar en situación de insuficiencia de recursos, entendiendo que se encuentras en esta situación las perso-

²⁴⁰ En opinión de GÓMEZ ZAMORA, Leopoldo J., “La asistencia sanitaria en España, especial referencia a la prestación sanitaria a los extranjeros en situación irregular después de la modificación operada por el Real Decreto-Ley 16/2012”, *Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, nº 5, 2016, disponible en: http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160418/la_asistencia_sanitaria_en_espana_leopoldo_gomez.pdf, la norma murciana, de modo acertado, “se funda exclusivamente en competencias propias en materia de servicios sociales”, previendo “unos fondos específicos para este fin evitando cargar a los fondos del servicio de salud el coste de la asistencia sanitaria de personas que no tienen la condición de asegurado ni beneficiario”.

nas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al I.P.R.E.M” (instrucción tercera).

El programa se extiende a “a la cartera común del Sistema Nacional de Salud, tanto [a las prestaciones] correspondientes a la cartera común básica de servicios como a la cartera suplementaria con una aportación del 40% en la prestación farmacéutica ambulatoria, con igual aplicación y extensión que las personas aseguradas y que reciben asistencia sanitaria en las situaciones previstas en el R.D. 1192/2012” (instrucción primera). A los usuarios, que por razones humanitarias o de carácter social queden incorporados al Programa de Protección Social (...) se les entregará un documento específico y distinto de la tarjeta sanitaria individual del Sistema Nacional de Salud, que expedirá el Servicio Regional de Tarjeta Sanitaria (...). Este documento tendrá un periodo de validez inicial de dos años prorrogable por iguales periodos siempre que persistan los requisitos” (instrucción segunda).

En la **Rioja**, después de las elecciones autonómicas de mayo del 2015, el Gobierno ha creado un medio de acceso al sistema riojano de salud para los inmigrantes en situación irregular sin recursos similar a un programa de acción social. La vía no ha sido la usual de la aprobación y publicación oficial de la instrucción correspondiente, sino la singular de la firma, en octubre de 2015, de un convenio de colaboración entre el Gobierno de la Rioja y las organizaciones no gubernamentales de Cruz Roja y Caritas²⁴¹. Estas organizaciones sociales,

²⁴¹ Vid., al respecto, la información publicada el día 7 de octubre de 2015 en el portal del *Gobierno de la Rioja*, disponible en: <http://www.larioja.org/comunicacion/les/portavoz/jose-ignacio-ceniceros-anuncia-ordenacion-atencion-sanitari>. También se hace eco de esta información el periódico digital *larioja.com*, el 14 de octubre de 2015, disponible en: <http://www.larioja.com/la-rioja/201510/08/rioja-reabre-puertas-atencion-20151008010111-v.html>. En este medio, el 15 de febrero de 2016, se afirmaba que la Consejería de Salud “había recibido 106 peticiones de inmigrantes sin papeles para normalizar su atención sanitaria”. En el *Boletín Oficial de la Rioja*, nº 19, de 17 de febrero de 2016, se publica la Resolución de 9 de febrero de 2016, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Administración Pública y Hacienda, “por la que se dispone la publicación del resumen del convenio de colaboración suscrito entre el Gobierno de La Rioja, a través de la Consejería de Salud; Cruz Roja, Asamblea de La Rioja, y Cáritas Diocesana de La Rioja para la consecución de fines de interés público: extender la atención sanitaria a los extranjeros no registrados ni autorizados con residencia efectiva en La Rioja”.

que cuentan con una amplia experiencia en la atención a colectivos de inmigrantes, serán las que canalicen las solicitudes de asistencia sanitaria para estas personas especialmente vulnerables.

Los requisitos que deben cumplir los destinatarios de este programa son los siguientes: “1) ser extranjero mayor de edad; 2) no tener reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social la condición de asegurado o beneficiario de las prestaciones sanitarias; 3) no tener derecho a cobertura sanitaria pública por otra vía; 4) no poder exportar el derecho a la asistencia desde el país de origen; 5) no haber terceros obligados al pago; 6) estar empadronados en un municipio de la Comunidad Autónoma de La Rioja durante al menos tres meses; 6) no disponer de recursos económicos suficientes” (inferiores a 500 euros al mes).

La solicitud, junto con la documentación correspondiente, se presentará ante la Consejería de Salud por Cruz Roja o Cáritas, a las que se comunicará también la resolución pertinente. Si la resolución es positiva, la Consejería de Salud “incluirá en la base de Datos de Tarjeta Sanitaria del Sistema Nacional de Salud la condición de persona con acceso a la dispensación de asistencia sin la emisión de tarjeta sanitaria”. Emitirá también “un documento acreditativo de esta condición, a través del cual se le asignará un médico de familia y participará como el resto de ciudadanos en las prestaciones que ofrece la sanidad riojana”. El acceso a “la prestación farmacéutica será en las condiciones que establece la Ley para todos los ciudadanos”. Este documento “será válido durante un año, renovable si se mantienen las condiciones”²⁴².

2.4. Comunidades Autónomas que después de las elecciones autonómicas de 2015 amplían la asistencia sanitaria a los extranjeros sin autorización de residencia, previo cumplimiento de determinadas condiciones

Tras la celebración de las elecciones autonómicas el 24 de mayo de 2015, los nuevos Gobiernos que se forman en algunas Comunidades Autónomas han aprobado normas de diferente tipología (instruccio-

²⁴² También se dice que “la Consejería de Salud se ha dirigido a los profesionales del sistema sanitario del ámbito de la Atención Primaria, a través de una instrucción a todos los coordinadores de los centros de salud”.

nes, ordenes e, incluso, decretos-leyes y leyes) que amplían y refuerzan la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular. Algunas Comunidades Autónomas lo hacen publicando normas que crean programas de salud pública o de acción social o que modifican los requisitos de los ya creados para extender los ámbitos subjetivo y objetivo de la asistencia sanitaria a dichas personas (Canarias, Aragón, Murcia o La Rioja)²⁴³. Otras Comunidades Autónomas (Valencia, Extremadura, Islas Baleares, Cantabria, Castilla-la Mancha y Madrid) aprueban nuevas normas para establecer las condiciones de acceso al sistema sanitario público autonómico, ampliando la atención sanitaria (primaria y especializada) a los extranjeros sin permiso de residencia en las mismas condiciones que a los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, aunque previo cumplimiento de determinados requisitos, que varían de una Comunidad a otra. Las Comunidades Autónomas dictan estas normas basándose, por regla

²⁴³ Así pueden citarse las siguientes normas a las que nos hemos referido en el apartado anterior: la Orden de la Consejería de Sanidad de Canarias, de 10 de diciembre de 2015, “por la que se modifican las actuaciones en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria, para personas extranjeras sin recursos”, que reforma las Ordenes de 14 de diciembre de 2012 y de 16 de agosto de 2013; la Instrucción de 7 de agosto de 2015, de la Consejería de Sanidad de Aragón “por la que se regula el acceso a la asistencia sanitaria en Aragón para las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes ni cobertura de asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud”, que deroga la Instrucción de 30 de abril de 2013, de la Dirección General de Calidad y Atención al usuario “por la que se crea el Programa Aragonés de Protección Social de la Salud Pública” y la Instrucción 6/2015, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, “por la que se crea un programa de protección social para la prevención, promoción y atención a la salud de la población extranjera en situación administrativa irregular, residente en la Región de Murcia y con recursos insuficientes”, que deroga la Instrucción 7/2012 del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud sobre “la prestación de asistencia sanitaria en los Centros del Servicio Murciano de Salud a las personas extranjeras que padezcan una enfermedad contagiosa o crónica grave y no tengan reconocida la condición de asegurado o beneficiario por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina”. También hay que mencionar la vía singular de la firma en octubre de 2015 de un convenio de colaboración entre el Gobierno de la Rioja y las organizaciones no gubernamentales de Cruz Roja y Caritas para crear un programa de acción social para el acceso al sistema riojano de salud de los inmigrantes en situación irregular sin recursos.

general, en la competencia exclusiva que les atribuye el Estatuto de Autonomía en materias de “asistencia social”, “servicios sociales”, “bienestar social”, “salud pública” y promoción de grupos sociales desfavorecidos o especialmente vulnerables. También invocando el reconocimiento estatutario de la protección de la salud como un derecho o un principio de carácter universal. Incluso, en algunos casos, acuden a la competencia autonómica de desarrollo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad.

En **Valencia**, se aprueba el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana²⁴⁴. La exposición de motivos de la norma de urgencia recoge las razones que justifican su aprobación. Comienza afirmándose que “el acceso a una atención sanitaria integral, de calidad, en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho fundamental de toda persona”. Que “la universalización de la atención no solo elimina barreras al acceso a la sanidad y contribuye al bienestar físico y mental de las personas, sino también remueve algunos de los principales obstáculos sobre los que se asienta la desigualdad social”. Desigualdad que afecta particularmente, en la asistencia sanitaria, a quienes “sufren situaciones de vulnerabilidad, riesgo de exclusión social, carecen de suficientes recursos económicos o viven en condiciones de irregularidad administrativa”²⁴⁵. A continuación se

²⁴⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Comunitat Valenciana*, de 24 de diciembre de 2015, que deroga, aunque no conste expresamente, la Instrucción de 31 de julio de 2013, de la Secretaría Autonómica de Sanidad “por la que se informa de la puesta en marcha del Programa Valenciano de Protección de la Salud”. La norma de urgencia valenciana ha sido desarrollada por el Decreto 169/2017, de 3 de noviembre, del Consell, “por el que se desarrolla 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 Valenciana”.

²⁴⁵ JIMENA QUESADA, Luis, *Devaluación y blindaje del Estado social...*, ob. cit., p. 181, llama la atención sobre el hecho de que en el preámbulo de la norma valenciana “no se apele (siquiera a efectos de dotar de mayor legitimidad a dicha medida normativa con apoyo en el canon europeo, en lugar de sugerir un nuevo conflicto competencial con el Estado) a las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales correspondientes a 2013 (publicadas en enero de 2014), que justamente avalan, sobre la base del artículo 11 de la Carta Social Europea (derecho a la salud), ese acceso universal incluyendo a las personas inmigrantes en situación irregular”.

expone que la aplicación en la Comunitat Valenciana del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, dejó sin cobertura de acceso reglado al sistema valenciano de salud a numerosos ciudadanos (“127.000”). “La limitación de cobertura a la garantía de acceso en caso de urgencias y a la inclusión de determinados procedimientos de salud pública (...), ha generado de hecho una situación contraria a lo establecido como principios rectores en la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana”, entre ellos el de “universalización de la atención sanitaria”. Por otro lado, “la eficacia y eficiencia de la acción asistencial, de promoción de la salud y de defensa de la salud pública del sistema valenciano de salud se ha visto comprometida por la presencia de un importante colectivo no incluido de forma sistemática y reglada en los procedimientos generales habilitados para estos fines”. Por estas consideraciones y para paliar urgentemente “la situación de indefensión sanitaria en la que quedaron los colectivos afectados por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, en su mayor parte personas extranjeras en situación administrativa irregular y socialmente desfavorecida”, es necesario establecer las condiciones de acceso al sistema valenciano de salud de dichos colectivos.

El Decreto-ley 3/2015 se aplica a las “personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España y con residencia efectiva en la Comunitat Valenciana, que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del sistema nacional de salud, previsto en el artículo 3.5 LCCSNS, y que no puedan exportar el derecho a cobertura sanitaria en el sistema nacional de salud (SNS) desde sus países de origen, ni exista un tercero obligado a pago” (art. 1). Para que estas personas puedan acceder al sistema valenciano de salud han de reunir los siguientes requisitos: “1) tener la condición de extranjero, mayor de edad, no registrado ni autorizado a residir en España; 2) acreditar que se está empadronado con residencia efectiva en algún municipio de la Comunitat Valenciana un mínimo de tres meses; 3) no tener reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o el Instituto Social de la Marina (ISM) la condición de asegurado o beneficiario del sistema nacional de salud, ni tener posibilidad de acceso a cobertura sanitaria pública por cualquier otro título y no poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde el país de origen o procedencia; 4) no poder acceder a cobertura sanitaria en el

SNS al amparo de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales existentes en materia de asistencia sanitaria; 5) acreditar, mediante el informe social correspondiente, la imposibilidad de suscripción del convenio especial a que se refiere el Decreto 190/2013, de 20 de diciembre, del Consell” (art. 6). En casos excepcionales en que “el ciudadano con residencia efectiva en la Comunitat Valenciana no pueda acreditar su empadronamiento o cuando justifique la dificultad para la obtención de los documentos requeridos y, en general, cuando se deban extender las condiciones de acceso establecidas en este decreto ley a aquellos ciudadanos sin distinción de origen, procedencia y circunstancias de la residencia efectiva” “se establecerá un procedimiento especial que incluya un informe social estimatorio” (Disposición adicional primera). “Para su identificación personal y acceso al sistema valenciano de salud, (...) dispondrán de un documento de asistencia sanitaria SIP”, que “solo será válido en la Comunitat Valenciana” (art. 8). Este documento identificativo tendrá “una vigencia de dos años, renovables mediante la acreditación de los mismos requisitos documentados en su inclusión inicial” (art. 10).

Las personas a las que se destina la aplicación del Decreto-ley 3/2015 podrán acceder a las prestaciones sanitarias de “la cartera común básica de servicios, en las mismas condiciones de igualdad efectiva y calidad que el resto de usuarios del SNS”. “En el ámbito de la atención primaria se incluye la realización de métodos diagnósticos, preventivos y terapéuticos. En el caso de que el proceso asistencial lo requiera, el tratamiento farmacológico formará parte del mismo” (art. 3). “La prescripción de medicamentos se realizará en receta oficial. En los tratamientos farmacológicos ambulatorios la persona usuaria deberá abonar el 40 por cien del precio de venta al público de los medicamentos. Esta cantidad será del 10 por cien en el caso de que se trate de medicamentos sometidos a aportación reducida” “En el caso de las prestaciones ortoprotésicas, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente decreto ley accederán en las mismas condiciones que se establezcan para el resto de usuarios del sistema nacional de salud” (art. 4). “Las personas que accedan al sistema valenciano de salud en las condiciones establecidas en este decreto ley serán incorporadas a las actividades enmarcadas en el ámbito de la salud pública” (art. 5).

Contra el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana, se presentó un recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno²⁴⁶. El Tribunal Constitucional en el ATC 54/2016, de 1 de marzo, acuerda el levantamiento de la suspensión de la vigencia y aplicación del Decreto-ley 3/2015, dada la similitud existente entre el incidente de suspensión de la norma valenciana y los resueltos por los citados AATC 239/2012, de 12 de diciembre y 114/2014, de 8 de abril, de las normas vasca y navarra. Finalmente, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad y nulidad del Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, por vulnerar el orden constitucional de competencias, en la STC 145/2017, de 14 de diciembre, que se remite a la doctrina fijada en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, FFJJ 3 a 6, a la que nos referiremos más adelante.

Extremadura aprueba también, inicialmente, una norma de urgencia, el Decreto-ley 1/2016, de 10 de mayo, de medidas extraordinarias contra la exclusión social²⁴⁷. Ahora bien, seguidamente y como consecuencia de su tramitación parlamentaria debidamente convalidada por la Asamblea de Extremadura, se aprueba la Ley 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social²⁴⁸, que sustituye al Decreto-ley, ya que tiene el mismo rango, título y objeto material, coincidiendo literalmente la mayoría de sus preceptos²⁴⁹.

²⁴⁶ Al considerar que la norma valenciana vulnera la competencia estatal para establecer el ámbito objetivo y subjetivo de la materia sanidad, contradiciendo lo dispuesto en el art. 3 ter LCCSNS, que permite acceder a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud a los extranjeros no registrados ni autorizados para residir en España solamente en los supuestos y circunstancias concretas que establece; pero no de una manera generalizada.

²⁴⁷ Publicado en el *Diario Oficial de Extremadura*, nº 89, de 11 de mayo de 2016, que, aunque no constaba expresamente, se entendía que derogaba la Instrucción conjunta nº 1 de 15 de Julio de 2013, de la Dirección Gerencia del Servicio Extremeño de Salud (SES) y de la Dirección General de Planificación, Calidad y Consumo de la Consejería de Salud y Política Social, sobre “Creación y Aplicación del Programa de Atención Sanitaria de Seguimiento en la Comunidad Autónoma de Extremadura (PASCAEX)”.

²⁴⁸ Publicada en el *Diario Oficial de Extremadura*, nº 141, de 22 de julio de 2016.

²⁴⁹ Así lo considera el Tribunal Constitucional, en la STC 2/2018, de 11 de enero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 7/2016, de 21 de julio, cuando, en el FJ 2, a), contestando a uno de los defectos procesales alegados por la parte recurrente, afirma expresamente que “la Ley 7/2016, de 21 de julio,

Es una Ley que, con la finalidad de erradicar las desigualdades sociales y luchar por la justicia social, contiene diversas medidas en los ámbitos sanitario, social y de vivienda que inciden sobre los derechos a la protección de la salud, a la acción social, a la vivienda y al aseguramiento de unos mínimos vitales. Medidas que se adoptan en el marco de las competencias exclusivas que el Estatuto de Autonomía de Extremadura atribuye a la Comunidad Autónoma en materia de sanidad y salud pública, participación en la planificación y coordinación general de la sanidad (art. 9.1.24), acción social (art. 9.1.27), vivienda (art. 9.1.31) y consumo (art. 9.1.18).

En lo que concierne al derecho a la protección de la salud, la exposición de motivos de la Ley explicita las razones de su aprobación, que son muy similares a las que se recogen en el decreto-ley valenciano. Así se dice que “los recortes sanitarios que se han producido al amparo del Real Decreto-ley 16/2012 ha dejado a una parte de la población desprotegida (...), precisamente (...) la más vulnerable a las situaciones de exclusión social y con necesidades de atención para prevenir enfermedades en el ámbito de la salud individual y colectiva”. La limitación de la cobertura sanitaria por el Servicio Extremeño de Salud a los extranjeros a los casos de “urgencias y a la inclusión en determinados procedimientos de salud pública, así como la indefinición en los conceptos de gratuidad de la asistencia prestada, ha generado (...) una situación contraria a lo establecido como principios rectores en la Ley 10/2001 de 28 de junio, de Salud de Extremadura”. Por otra parte, “la eficacia y eficiencia de la acción asistencial,

de medidas extraordinarias contra la exclusión social, no se limita a modificar lo previsto en el Decreto-ley 1/2016, de 10 de mayo, de medidas extraordinarias contra la exclusión social, de forma que las disposiciones de este último quedarán subsistentes en todo lo no modificado por la Ley 7/2016. La consecuencia de aprobarse una nueva norma del mismo rango, mismo título y mismo objeto no puede ser otra que la sustitución de la primera por la segunda, en virtud del criterio *lex posterior derogat priori*, con independencia del grado de coincidencia material entre una y otra regulación. Esta es la lógica jurídica que subyace a la práctica parlamentaria de tramitar como proyecto de ley el contenido de los decretos-leyes una vez convalidados. Tan evidente resulta la sustitución normativa que se produce entre el Decreto-ley convalidado y la Ley resultante de su tramitación parlamentaria como proyecto de ley que, como ha ocurrido en el presente caso, se suele considerar innecesario disponer expresamente la derogación del Decreto-ley que se sustituye”.

de promoción de la salud y de defensa de la salud pública del sistema extremeño de salud se ha visto comprometida por la presencia de un importante colectivo no incluido de forma sistemática y reglada en los procedimientos generales habilitados para estos fines”. “Por todo ello, y ante la necesidad de paliar urgentemente la situación actual, en coherencia con el principio rector de universalidad de acceso a la asistencia sanitaria recogido en la Ley 10/2001, de 28 de junio (...), es necesario establecer las condiciones de acceso al sistema extremeño de salud, del citado colectivo actualmente excluido, manteniendo los principios de equidad, garantía de acceso, sostenibilidad económica, eficiencia en la prestación de servicios sanitarios y defensa de la sanidad pública”.

El colectivo de personas al que se aplican las acciones y medidas de cobertura y asistencia sanitaria contenidas en la ley extremeña comprende “aquellas personas extranjeras no registradas, ni autorizadas como residentes en España y con residencia efectiva en la Comunidad Autónoma de Extremadura, que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, previsto en el artículo 3.5 LCCSNS, y que no puedan exportar el derecho a cobertura sanitaria en el sistema nacional de salud (SNS) desde sus países de origen, ni exista un tercero obligado a pago” (art. 3). Se les emitirá una tarjeta identificativa personal de acceso al sistema extremeño de salud (art. 2).

Los requisitos exigidos para que dichas personas puedan acceder a las prestaciones sanitarias del Servicio Extremeño de Salud son los siguientes: “1) tener la condición de extranjero, mayor de edad, no registrado ni autorizado a residir en España; 2) acreditar estar empadronado con residencia efectiva en algún municipio de la Comunidad Autónoma de Extremadura un mínimo de tres meses; 3) no poder acceder a cobertura sanitaria en el Sistema Nacional de Salud al amparo de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales existentes en materia de asistencia sanitaria, ni tener posibilidad de acceso a cobertura sanitaria pública por cualquier otro título, ni poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde el país de origen o procedencia; 4) no disponer de recursos económicos suficientes. A estos efectos se entienden comprendidas las rentas, de cualquier naturaleza, que sean iguales o inferiores en cómputo anual al 1,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) referido a doce pagas” (art. 7). “En casos y supuestos excepcionales, atendiendo

a criterios de necesidad sanitaria y emergencia social, podrán obtener la condición de beneficiarios, las personas que no puedan acreditar alguno de los requisitos del artículo 7” (Disposición adicional primera).

Los destinatarios de la norma extremeña podrán acceder “a la totalidad de servicios, en las mismas condiciones de igualdad efectiva y calidad que el resto de usuarios del Sistema Nacional de Salud dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura” (art. 5). En relación con la prestación farmacéutica ambulatoria “será del 40% para las personas menores de 65 años y del 10% para los mayores de 65 años, con el límite mensual mínimo establecido por la legislación vigente para este último supuesto” (art. 6.1). A las prestaciones ortoprotésicas “accederán en las mismas condiciones que se establezcan para el resto de usuarios del Sistema Nacional de Salud” (art. 6.2).

Contra la Ley 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social, se presentó un recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno²⁵⁰, que ha sido resuelto por el Tribunal en la STC 2/2018, de 11 de enero. En ella se declara la inconstitucionalidad y nulidad de determinados preceptos²⁵¹, por vulnerar el orden constitucional de competencias, remitiéndose a la doctrina fijada en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, FFJJ 3 a 6, a la que nos referiremos más adelante.

En **Islas Baleares** se aprueba la Instrucción del Director General del Servicio de Salud de 17 de julio de 2015, “por la que se establece, con carácter de urgencia, los trámites que se han de llevar a cabo con el objeto de garantizar el derecho al acceso a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes, en el

²⁵⁰ En concreto, se impugnaron los arts. 2, apartado a), 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 12.1 (primer párrafo in fine), la Disposición adicional primera y el inciso final del primer párrafo de la Disposición adicional segunda. Entre otros motivos, se consideraba que los preceptos impugnados relacionados con “la universalización de la atención sanitaria en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura”, contradecían las competencias estatales de los apartados 1º, 2º, 16º y 17º del art. 149.1 CE, ya sea directamente o de forma mediata, pues corresponde únicamente al Estado establecer las fórmulas legales que permitan acceder a la asistencia sanitaria pública a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España.

²⁵¹ En lo que aquí interesa, los arts. 2, apartado a), 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y Disposición adicional primera.

ámbito de gestión del Servicio de Salud de las Illes Balears”²⁵². En su preámbulo ya se reconoce que la aplicación del Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril y el Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que regulan la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, han excluido de este sistema a las personas extranjeras sin autorización para residir en España. Con fundamento en el art. 25.1 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, reformado por la LO 1/2007, de 28 de febrero, que “garantiza el derecho a la prevención y a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal” y en el art. 3 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de las Illes Balears, que recoge entre los principios que inspiran la regulación la protección de la salud, “el principio de universalización de la atención sanitaria para todos los ciudadanos de las Illes Balears”, “residentes y los no residentes, con independencia de sus situación legal o administrativa” (art. 2), la Instrucción balear se aprueba con la finalidad de “aclarar y homogeneizar tanto los criterios de inclusión de las personas extranjeras no regularizadas y sin recursos económicos como el procedimiento de reconocimiento del derecho temporal a la asistencia sanitaria en el Sistema Sanitario Público de las Illes Balears”.

Así, la instrucción primera atribuye el derecho al acceso a la asistencia sanitaria en el Servicio Público de Salud de las Islas Balears “a las personas extranjeras que residen irregularmente y sin recursos en las Illes Balears y no entran en el ámbito de cobertura establecido en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”. Para acceder a la cobertura sanitaria por esta vía los extranjeros en situación irregular sin recursos han de reunir los siguientes requisitos: “1) ser persona extranjera en situación administrativa irregular; 2) no proceder de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o Suiza, o de los países no comunitarios con los que España tiene suscrito convenio bilateral de Seguridad Social; 3) no tener derecho al reconocimiento por cualquier otra Administración, de la condición de asegurado o beneficiario; 4) ser mayor de 18 años; 5) no tener recursos económicos” (instrucción segunda). No se exige el requisito

²⁵² Publicada en el *Boletín Oficial de les Illes Balears*, nº 109, de 18 de julio de 2015.

del empadronamiento en un municipio de la Comunidad Autónoma por un periodo determinado.

Acreditados los requisitos anteriores mediante la oportuna documentación que se acompañará a la solicitud, el derecho se reconocerá “por periodos de 12 meses prorrogables, si persisten las circunstancias que lo motivaron” (instrucción primera). “Para hacer efectivo el derecho a la cobertura sanitaria serán incluidos en la base de datos de tarjeta sanitaria (CIVITAS), así como en los respectivos sistemas clínicos. Se les asignará un Código de Identificación Personal (CIP)” (instrucción cuarta).

La cobertura sanitaria se extiende a la totalidad de las prestaciones de “la cartera de servicios del Servicio de Salud de las Illes Balears”, es decir la misma que tiene “cualquier residente en el territorio de las Illes Balears con cobertura pública, siendo de aplicación los mismos derechos y deberes” (instrucción primera).

La Instrucción del Director General del Servicio de Salud de 17 de julio de 2015, ha sido anulada por una sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, de 5 de septiembre de 2017, al estimar el recurso que contra ella interpuso la Administración General del Estado²⁵³. La sentencia considera que existe una “clara extralimitación competencial” de la Instrucción balear cuando reconoce que los extranjeros no residentes pueden acceder a la totalidad de las prestaciones de la cartera de servicios del Servicio de Salud balear. Ello “choca frontalmente” con lo dispuesto en el Decreto Ley 16/2012 de 20 de abril, que regula la condición de asegurado a los extranjeros autorizados para residir en territorio español. Según la Sala, la defensa de la Instrucción que realiza el *Govern* sobre la base de razones humanitarias “no puede justificar ni permitir el quebrantamiento de la legalidad, que reconoce únicamente al Estado y no a las Comunidades Autónomas la competencia para definir el concepto de asegurado y beneficiario del

²⁵³ Sentencia contra la cual se interpondrá por el Gobierno balear recurso ante el Tribunal Supremo, según se ha manifestado a los medios de comunicación de Baleares. Cfr. el *Diario de Mallorca*, del 9 de septiembre de 2017: “El TSJIB anula la devolución de la tarjeta sanitaria a 8.281 inmigrantes. La decisión no tendrá efecto por ahora ya que el *Govern* recurrirá ante el Supremo”, disponible en: <http://www.diariodemallorca.es/mallorca/2017/09/09/tsjib-anula-devolucion-tarjeta-sanitaria/1246461.htm>.

Sistema Nacional de Salud”. “A pesar de las discrepancias ideológicas y de cualquier tipo que los responsables políticos de la administración autonómica puedan albergar”, contra las normas estatales que restringen el acceso a la sanidad pública, “no pueden, escudándose en un criterio humanitario, modificar y ampliar aquel concepto porque carecen de competencias para ello”.

Además de la extralimitación competencial, el Tribunal Superior de Justicia balear aprecia también un claro quebrantamiento del principio de jerarquía normativa, del art. 9.3 CE que prohíbe que las disposiciones de inferior rango contradigan las de nivel superior. Para el Tribunal, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, una instrucción debe tener un ámbito y alcance “estrictamente organizativo”. En el caso de la Instrucción recurrida, el carácter eminentemente organizativo de su título “es única y exclusivamente aparente”, ya que “su contenido excede, y en mucho, de lo que es propio de una instrucción dictada por el Director general del Ib-Salud a los órganos administrativos de ese ente público”. Y es que la Instrucción reconoce la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria pública a extranjeros no residentes legalmente en España, en contra de lo dispuesto en las normas estatales. El órgano judicial balear, recordando también jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el tema, acude expresamente a la STC 64/2017, de 25 de mayo, cuando afirma que “no cabe duda de que es competencia del Estado (...) establecer las condiciones de asegurado y beneficiario del Sistema Nacional de Salud ya que esa normativa tiene carácter de básica en materia sanitaria”. El carácter básico de esta normativa “comporta el obligado cumplimiento por las Comunidades Autónomas de aquel contenido, y no pueden contravenirla”.

Cantabria aprueba la Orden SAN/38/2015, de 7 de agosto, de la Consejería de Sanidad, “por la que se regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas residentes en la Comunidad Autónoma que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública”²⁵⁴. En su preámbulo se dice que la Orden SAN/20/2013, de 25 de noviembre, por la que se creó el Programa

²⁵⁴ La Orden puede consultarse en el *Boletín Oficial de Cantabria*, n° 157, de 17 de agosto de 2015. Deroga la anterior Orden SAN/20/2013, de 25 de noviembre, de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, “por la que se crea el Programa Cántabro de Protección Social de la Salud Pública”.

Cántabro de Protección Social de la Salud Pública, se aprobó de acuerdo con las competencias que en materia de salud pública tienen las Comunidades Autónomas, que las ejercen con independencia “del dispositivo de asistencia sanitaria y que se dirigen a toda la población sin distinción de su acceso al sistema sanitario asistencial”. Con la Orden SAN/38/2015, de 7 de agosto, “se pretende intensificar y reforzar la universalidad en el acceso de la atención sanitaria, en coherencia con el principio recogido en el artículo 4.2.a) de la Ley de Cantabria 7/2002”. En este sentido, es necesario “establecer las condiciones de acceso al Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas que carecen de cobertura”, de acuerdo con los “principios de equidad, garantía de acceso, sostenibilidad económica, eficiencia en la prestación de los servicios sanitarios y defensa de la sanidad pública”. Para justificar la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria al colectivo de los extranjeros en situación irregular sin recursos no basta con la creación de un “mero” programa de salud pública, como hacía la normativa anterior, sino que ha de partirse “de una concepción de la salud como un derecho de la ciudadanía”. De ahí que, como novedades, “se modifican los requisitos de acceso al Sistema Sanitario Público de Cantabria, reduciendo el plazo mínimo de empadronamiento y eliminando el requisito relativo a los recursos económicos, circunstancia esta última que refuerza la idea de universalidad y que permitirá agilizar la tramitación de las solicitudes”.

Podrán acceder o ser incluidos en el Sistema Sanitario Público de Cantabria “en igualdad de condiciones que el resto de la población asegurada, aquellas personas residentes en la Comunidad Autónoma, nacionales o extranjeras que, cualquiera que sea su situación administrativa (incluidas, por tanto, las no registradas ni autorizadas a residir en España), no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública en los términos de la normativa estatal” (art. 1). Los requisitos para ser incluidos en el Sistema Sanitario Público de Cantabria son los siguientes: “a) estar empadronado y tener residencia efectiva en algún municipio de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Dichos requisitos deberán concurrir de manera ininterrumpida durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud; b) no tener reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud, ni tener posibilidad de acceso a cober-

tura sanitaria pública por cualquier otro título y no poder exportar el derecho a cobertura sanitaria desde el país de origen o procedencia; c) no poder acceder a cobertura sanitaria en el Sistema Nacional de Salud al amparo de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales existentes en materia de asistencia sanitaria” (art. 5). Excepcionalmente, “en aquellos casos en que un ciudadano con residencia efectiva en la Comunidad Autónoma de Cantabria no pueda acreditar su empadronamiento o cuando justifique la dificultad para la obtención de los documentos requeridos, estos podrán ser sustituidos por un informe social estimatorio emitido a petición del interesado o del órgano competente para instruir el procedimiento” (art. 7.2).

La inclusión y acceso al Sistema Sanitario Público de Cantabria, previa solicitud y acreditación de los requisitos anteriores, “tendrá una vigencia inicial de dos años (...), pudiendo ser renovada”, se entiende por el mismo periodo (arts. 10.2 y 13). Las personas a las que se conceda el acceso al Sistema Sanitario Público de Cantabria “dispondrán de una tarjeta identificativa, personal e intransferible que (...) sólo será válida en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria” (art. 11).

Las prestaciones sanitarias a las que pueden acceder son las de “la cartera común básica y suplementaria, en las mismas condiciones de igualdad efectiva y calidad que el resto de usuarios del Sistema Nacional de Salud”. “En el ámbito de la atención primaria se incluye la realización de métodos diagnósticos, preventivos y terapéuticos. En el caso de que el proceso asistencial lo requiera, el tratamiento farmacológico formará parte del mismo”. “La prescripción de medicamentos se realizará en receta oficial. La cuota de la aportación farmacéutica asignada a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de esta Orden se adecuará a lo establecido para los ciudadanos comunitarios y de países con convenios bilaterales de asistencia sanitaria de la Seguridad Social no identificados como pensionistas” (art. 5).

En **Castilla-La Mancha**, mediante la Orden 9 de febrero de 2016, de la Consejería de Sanidad, “de acceso universal a la atención sanitaria en Castilla-La Mancha”²⁵⁵, se amplía la cobertura de asistencia sanitaria pública a cargo del Servicio de Salud de Castilla-La Man-

²⁵⁵ Publicada en el *Diario Oficial de Castilla-La Mancha*, nº 36 de 23 de Febrero de 2016.

cha (Sescam) a las personas extranjeras que residan irregularmente en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma, como consecuencia de las restricciones que para este colectivo introdujo la reforma sanitaria acometida por el Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril. En su exposición de motivos se afirma que para “contener el elevado gasto sanitario y evitar situaciones fraudulentas”, que eran algunos de los objetivos perseguidos por la reforma del Decreto-ley 16/2012, podrían haberse “planteado otras alternativas menos gravosas, tanto para la salud de los propios interesados, como para la salud pública de la sociedad en general”. La Orden 9 de febrero de 2016, con fundamento en el art. 31.1 20^a, del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, que otorga la competencia exclusiva a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en “asistencia social y servicios sociales”, así como en la “promoción y ayuda a “los emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención”, tiene por objeto “reducir e intentar eliminar las desigualdades en que puedan encontrarse las personas residentes en Castilla-La Mancha, proporcionando a este sector de la población especialmente vulnerable una atención sanitaria pública, gratuita y de calidad en las mismas condiciones que al resto de los castellano-manchegos, recuperando así la universalización de la asistencia sanitaria”.

Se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita a cargo del Sescam a “las personas extranjeras que residan irregularmente en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha” (art. 1), siempre que reúnan los siguientes requisitos: “a) ser mayores de 18 años; b) no encontrarse registrados ni autorizados a residir en España. c) estar empadronados con residencia efectiva en algún municipio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (sin exigir un periodo mínimo de tiempo); d) carecer de recursos económicos suficientes; e) no tener reconocida la condición de beneficiario/asegurado por cualquier Administración Pública; f) no poder exportar el derecho a la asistencia sanitaria desde el país de origen; g) no poder acceder a cobertura sanitaria en el Sistema Nacional de Salud al amparo de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales existentes en materia de asistencia sanitaria” (art. 2).

La cobertura sanitaria se extiende “a las prestaciones de la asistencia sanitaria del Sescam, con el mismo contenido y condiciones que el previsto para el resto de los ciudadanos castellano-manchegos”. “Se

crea la Tarjeta para la Atención Sanitaria en el Sescam, que únicamente tendrá validez dentro del ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma. La aportación en la prestación farmacéutica ambulatoria de estos usuarios será del 40% para las personas menores de 65 años y del 10% para los mayores de 65 años, con el límite mensual mínimo establecido por la legislación vigente para este último supuesto. En el caso de que el proceso asistencial requiera asistencia especializada y/u hospitalaria, el tratamiento farmacológico formará parte del mismo y se facilitará en todos los casos” (art. 3). “Se crea un registro de usuarios de tarjeta para la asistencia sanitaria en el Sescam, donde se le asignará un CIP regional” (art. 6.6). “La Tarjeta para la Atención Sanitaria en el Sescam tendrá una validez de 12 meses. Su renovación se efectuará previa petición del interesado” (art. 7).

Madrid ha aprobado una Instrucción interna del Director General de Coordinación de la Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid, de 21 de agosto de 2015, en la que se comunica a todos los centros sanitarios de la Comunidad que “debe prestarse todo tipo de asistencia sanitaria recogida en la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud a todas las personas inmigrantes con o sin documentación”. Se trata de una medida provisional, pues en dicha Instrucción se afirma también que se otorga la asistencia sanitaria “en tanto en cuanto no se realicen las instrucciones oportunas y se elabore el documento acreditativo que les dé derecho a la asistencia sanitaria”²⁵⁶.

²⁵⁶ A la que hemos tenido acceso por el medio de comunicación digital *Eldiario.es*, disponible en: http://www.eldiario.es/desalambre/Cifuentes-sanitarios-Madrid-atiendan-inmigrantes_0_423807824.html, 25 de agosto de 2015, en el que se da cuenta también de la presentación por la oposición de una proposición no de ley para urgir al Gobierno regional prestar asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación irregular. En el portal *salud* del Servicio Madrileño de Salud, de la Comunidad de Madrid, disponible en: http://www.madrid.org/lcs/Satellite?cid=1156329829756&language=es&pagename=PortalSalud%2FPPage%2FPTSA_pintarContenidoFinal&vest=1156329829756, se establece que tienen derecho a la asistencia sanitaria sin tarjeta sanitaria “los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España”. También se dice que estos “recibirán todo tipo de asistencia sanitaria recogida en la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud, en tanto en cuanto no se realicen las instrucciones oportunas y se elabore el documento acreditativo que les dé derecho a la asistencia sanitaria”. No obstante, la Comunidad de Madrid aún no ha aportado detalles

3. LA INSUFICIENTE Y FRUSTRADA REACCIÓN DEL GOBIERNO DE LA NACIÓN DE EXTENDER LA ASISTENCIA SANITARIA A LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR CON LA FINALIDAD DE ARMONIZAR Y HOMOGENEIZAR LA NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El Gobierno de la nación, a través del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, próximas las elecciones autonómicas y municipales del 24 de mayo de 2015, anunció, a finales de marzo, que reconocería a los extranjeros en situación irregular la asistencia sanitaria solamente en atención primaria²⁵⁷. Sin embargo, no se tuvo noticia sobre el tema hasta el mes de agosto. De hecho, ni siquiera se incluyó el asunto en el orden del día del último Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud celebrado a finales de julio de 2015²⁵⁸. El día 2 de septiembre de 2015, el Ministerio convoca a los representantes de las Comunidades Autónomas a una reunión de carácter técnico en la Comisión de Prestaciones, Aseguramiento y Financiación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, presidida por el Secretario General de Sanidad y Consumo. En esta reunión el Ministerio entrega a las Comunidades Autónomas un documento sobre “*Propuesta de acuerdo sobre criterios mínimos para la inclusión en los programas de asistencia social y sanitaria de las Comunidades Autónomas de los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, que carezcan de recursos económicos*”. La finalidad del documento es prestar una atención sanitaria homogénea a los inmigrantes en situación irregular, ya que el Ministerio es “consciente de la necesidad de coordinar y armonizar los diferentes programas, requisitos y procedimientos” (de carácter social) ya establecidos. Las Comunidades

sobre qué requisitos deberán cumplir los inmigrantes sin papeles para obtener al documento sanitario.

²⁵⁷ Vid. el diario *El País*, de 31 de marzo de 2015 “Alonso anuncia que devolverá la atención primaria a los sin papeles”. Se aludía a “cuestiones de salud pública”, a que es “más práctico” y para “no saturar las urgencias”. También el periódico *ABC*, de 1 de abril de 2015: “A qué asistencia médica tendrán derecho los inmigrantes ilegales”.

²⁵⁸ Cfr. el rotativo *El País*, de 22 de agosto de 2015: “El Gobierno cede y buscará fórmulas para dar sanidad a los sin papeles”.

Autónomas debían de formular alegaciones o sugerencias en el plazo de quince días²⁵⁹.

El documento entregado a las Comunidades Autónomas era una propuesta de acuerdo, un documento de criterios mínimos para poder incluir a los extranjeros sin permiso de residencia y sin recursos económicos en unos programas de asistencia social y sanitaria (por razones humanitarias y de protección social). Para que estas personas pudieran solicitar su inclusión en los programas era necesario que cumpliesen los siguientes requisitos o condiciones:

- 1) “Ser extranjero mayor de edad”.
- 2) “No tener reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social la condición de asegurado o beneficiario del derecho a

²⁵⁹ No se convoca el Consejo Interterritorial de Sanidad ni se preside la Comisión por el Ministro. Acerca de esta reunión y del contenido del borrador del documento elaborado por el Ministerio para su entrega a las Comunidades Autónomas (que no se ha hecho público), *vid.* el diario *El País*, de 28 de agosto de 2015: “Sanidad quiere que los sin papeles acrediten que no tienen recursos” y de 2 de septiembre de 2015: “Sanidad quiere exigir a los sin papeles seis meses de padrón para atenderles”. También *Redacción Médica*, n° 2807, de 24 de septiembre de 2015, “Acuerdo de mínimos para los ‘sin papeles’”, disponible en: <http://www.redaccionmedica.com/noticia/acuerdo-de-m-nimos-para-atender-a-sin-papeles-86402> y la nota de prensa del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de 2 de septiembre de 2015, disponible en: <http://www.msssi.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=3748>. El Ministerio alegó también que con el documento se trataba de evitar el turismo sanitario, es decir, impedir que un ciudadano europeo residente en España pueda reclamar una tarjeta sanitaria española, que le daría derecho a una tarjeta sanitaria europea con la que podría ser atendido en su país de origen con cargo a la sanidad pública española. Se pretendía “evitar que quienes tengan recursos puedan aprovecharse de este programa que pagamos entre todos”. Cfr. el periódico *El País*, de 2 de septiembre de 2015. La nota de prensa del Ministerio de Sanidad, de 2 de septiembre de 2015, se pronunciaba en términos similares: el objetivo del documento y de los requisitos establecidos en él “es que no se genere la obligación para España de atender gratuitamente a personas cuya asistencia ha de ser cubierta por su país de origen (...) y que no se pueda exportar el derecho a ser atendido en otro país a cargo del Sistema Nacional de Salud”. Habría que pensar también que el Gobierno presentó el documento a las Comunidades Autónomas, además de por motivos electoralistas, por la disconformidad directa o indirecta de las Comunidades Autónomas respecto del Decreto-ley 16/2012, así como por los informes de organizaciones internacionales, por la presión social ejercida por asociaciones y organizaciones no gubernamentales y por las actuaciones de los Defensores del Pueblo estatal y autonómicos.

las prestaciones sanitarias con cargo a los fondos públicos a través del SNS”.

- 3) “No tener derecho a la cobertura sanitaria pública por cualquier otra vía, ni poder exportar el derecho a la asistencia desde el país de origen, ni haber terceros obligados al pago” (un seguro, por ejemplo).
- 4) “Estar empadronado y estar efectivamente residiendo de forma continuada en cualquier municipio de la Comunidad Autónoma, con una antigüedad de seis meses inmediatamente anteriores”. No obstante, se dejaba la puerta abierta a que pudieran sumarse periodos de empadronamiento en municipios de Comunidades Autónomas diferentes. También cabía la posibilidad de que las Comunidades Autónomas establecieran un periodo inferior a los seis meses, lo que contradecía el objetivo general del documento de unificar y homogeneizar la normativa existente.
- 5) “No disponer de recursos económicos suficientes ni tener ingresos superiores en cómputo anual al IPREM”. “Los recursos e ingresos computables serán los propios del interesado y los de la unidad familiar con la que conviva”. Podrían acreditarse mediante “una declaración responsable”. El documento también preveía la posibilidad de que si no podían acreditarse los requisitos, un trabajador social de la Comunidad Autónoma podía emitir un informe sobre las circunstancias económicas del solicitante. Ahora bien, se dejaba en manos de cada Comunidad Autónoma la determinación y comprobación del cumplimiento de este requisito de carencia de recursos económicos suficientes. Con ello, al igual que hemos dicho para el requisito anterior, el documento se alejaba de su finalidad inicial de fijar criterios uniformes y comunes para todas las normas autonómicas.

En relación con el contenido de las prestaciones sanitarias que podían recibir las personas incluidas en los programas referidos, el documento establecía que podían acceder a las “prestaciones consideradas necesarias desde un punto de vista sanitario incluidas en la cartera común básica de servicios”. En el ámbito de la atención primaria, incluía “la realización de métodos diagnósticos, preventivos y terapéuticos de las enfermedades según pauta establecida por el médico de atención primaria”. Respecto del “tratamiento farmacológico

ambulatorio”, el usuario debería abonar “el 40% del precio de venta al público de los medicamentos”. Esta cantidad sería “el 10%, en el caso de que se tratase de medicamentos sometidos a aportación reducida”. Si el proceso asistencial requiriese “asistencia especializada y/o hospitalaria, el tratamiento farmacológico que se precisara durante el ingreso (...) se facilitaría en todos los casos”.

Las personas que cumpliesen los requisitos mencionados anteriormente se inscribirían “en la correspondiente Base de Datos de Personas incluidas en los Programas de asistencia social y sanitaria”. Ante las críticas recibidas por la inclusión en una Base de Datos diferenciada, el Ministerio admitió la posibilidad de incluirlas “en la Base de datos del Sistema Nacional de Salud” (en la que figuran todos los asegurados y beneficiarios), aunque aparecerían como “no asegurados”. Se les entregaría también “un documento” que acreditase su derecho a la asistencia sanitaria, aunque solo tendría validez “en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma” que lo emitiera, salvo cuando fuera preciso derivar al paciente “a un centro, servicio o unidad de referencia o no se dispusiera en la Comunidad Autónoma del procedimiento, la técnica o tecnología necesaria”. En todo caso, “no se extendería fuera del territorio español”. La validez del documento era “por un año, renovable por periodos anuales, en los plazos y en la forma que decida cada Comunidad Autónoma”. Estaba claro que, en ningún caso, se otorgaría a los extranjeros en situación irregular la tarjeta sanitaria, que solo poseerían los asegurados y beneficiarios del Sistema Nacional de Salud.

Con este documento el Gobierno optaba por un “sistema de asistencia social y sanitaria” para prestar una determinada atención sanitaria a los extranjeros sin permiso de residencia, pero con una permanencia efectiva en una Comunidad Autónoma, que carecieran de recursos económicos para afrontar las necesidades sanitarias no previstas en el art. 3 ter LCCSNS. Se tenía en cuenta para ello la competencia exclusiva que tienen las Comunidades Autónomas en materia de asistencia y bienestar social, en virtud de la cual podían dispensar la “atención socio-sanitaria” a colectivos especialmente vulnerables, como el de los inmigrantes en situación irregular.

La propuesta de documento constituye un esfuerzo loable (aunque insuficiente) por el Gobierno para rectificar la política anterior (aunque no la normativa estatal), con la finalidad, de acuerdo con las Comuni-

dades Autónomas, de homogeneizar y armonizar la diversa normativa autonómica existente. Se garantizaba una igualdad territorial en la atención sanitaria al colectivo especialmente vulnerable de los extranjeros sin permiso de residencia. Sin embargo, el documento del Gobierno adolecía de algunos inconvenientes²⁶⁰. Así, existían todavía “barreras geográficas” para facilitar la asistencia sanitaria a dicho colectivo, ya que se impedía la movilidad de las personas incluidas en los programas socio-sanitarios. Si estas cambiaban de residencia a un municipio de otra Comunidad Autónoma tenían que solicitar nuevamente el reconocimiento del derecho. Además podía darse la situación de que en una Comunidad el interesado cumpliera todos los requisitos exigidos para acceder al programa y en la otra a la que se trasladaba no cumpliera alguno de ellos (por ejemplo, el relativo al periodo de empadronamiento). Por otro lado, en relación con el contenido de las prestaciones sanitarias, en el documento se introducían algunas matizaciones que podían dar lugar a una interpretación restrictiva de la regla general de acceso de los extranjeros en situación irregular a la cartera común básica de servicios en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos²⁶¹.

Del documento gubernamental (que no fue acogido por la mayoría de los representantes de las Comunidades Autónomas), o de su transformación en un proyecto de norma con un contenido similar o revisado, no se supo más, ni durante el periodo del Gobierno en funciones, después de las elecciones a Cortes Generales del 20 de diciembre de 2015, ni tras la formación de Gobierno, después de las elecciones a Cortes Generales del 26 de junio de 2016. Sí tenemos constancia durante las dos últimas legislaturas (la XI y la XII) de la presentación de

²⁶⁰ Algunos de los que mencionamos pueden verse también en el Informe *Asistencia sanitaria a personas sin permiso de residencia en España*, Comisiones Obreras, 11 de diciembre de 2015, pp. 7 y ss., disponible en: <http://www.ccoo.es/cms/g/publico/0/062790.pdf>.

²⁶¹ Un ejemplo es el que cita el Informe de Comisiones Obreras, ob. cit., p. 8: el documento, “en el ámbito de la atención primaria, incluye la realización de métodos diagnósticos, preventivos y terapéuticos de las enfermedades según pauta establecida por el médico de atención primaria”. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa vigente, la cartera común básica de servicios incluye “todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública”.

dos proposiciones de ley sobre la universalización del derecho a la asistencia sanitaria pública, presentadas ante el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista, el 10 de febrero de 2016 y por la Junta General del Principado de Asturias, el 5 de mayo de 2017. En las dos iniciativas se propone regresar a la situación jurídica anterior a la reforma del Decreto-ley 16/2012, modificando los arts. 3 LCCSNS y 12 LODYLE, que serían redactados de forma similar a como lo estaban antes de reformarse por el Decreto-ley 16/2012²⁶².

4. LA REFORMA DEL DECRETO-LEY 7/2018 QUE HOMOGENEIZA LA NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS AL RECONOCER LA ATENCIÓN SANITARIA A LOS EXTRANJEROS NO REGISTRADOS NI AUTORIZADOS COMO RESIDENTES

Tal y como se ha dicho, uno de los objetivos por los que se aprueba el Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, según consta en su exposición de motivos,

²⁶² En lo que se refiere al derecho a la protección de la salud de los extranjeros, en las dos proposiciones de ley, el art. 3.1 LCCSNS se remitiría nuevamente a lo dispuesto en el art. 12 LODYLE: “Son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes: todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional, estos últimos en los términos previstos en el artículo 12 LODYLE”. Se suprimirían también los arts. 3 bis y 3 ter LCCSNS. En la proposición del grupo parlamentario socialista, el art. 12 LODYLE quedaría redactado del siguiente modo: “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”. Mientras que en la proposición de Junta General del Principado de Asturias, el art. 12 LODYLE se redactaría de la siguiente manera: “los extranjeros empadronados o con residencia de hecho en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones con los españoles, siempre que no exista un tercero obligado al pago”.

es poner fin a “la “situación de inseguridad jurídica” e “inequidad” que había generado la aprobación en las Comunidades Autónomas de normas destinadas a prestar asistencia sanitaria a personas que habían sido excluidas de ella por la reforma del Decreto-ley 16/2012. Normas autonómicas que habían sido impugnadas y anuladas, la mayoría de ellas, por el Tribunal Constitucional²⁶³. Este objetivo es, además, uno de los argumentos esgrimidos por el Gobierno para acreditar el requisito de la extraordinaria y urgente necesidad exigido por el art. 86.1 CE para aprobar un decreto-ley. La intervención del Gobierno de la nación para coordinar y armonizar las actuaciones desarrolladas por las Comunidades Autónomas se pone de manifiesto también en la sesión de convalidación del Decreto-ley 7/2018 en el Congreso, cuando la Sra. Ministra de Sanidad afirma, en relación con la privación de la sanidad pública a los inmigrantes en situación administrativa irregular, que era imprescindible “armonizar y dar cohesión territorial en el acceso a la sanidad, ya que las Comunidades Autónomas que no estaban de acuerdo con la exclusión sanitaria adoptaron soluciones de manera desigual”. Era, por tanto, “urgente acabar con esta disparidad, con la inseguridad jurídica, con la desigualdad y exclusión”²⁶⁴.

²⁶³ Dice literalmente la exposición de motivos del Decreto-ley que “Las comunidades autónomas frente a la disconformidad con la exclusión producida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, han desarrollado procedimientos con diferente amparo normativo (comunicados, instrucciones, resoluciones, órdenes, decretos o leyes) para prestar asistencia sanitaria a estas personas [particularmente a los extranjeros en situación administrativa irregular, que habían “agravado su situación de extrema vulnerabilidad”]. Actualmente, (...) estas iniciativas están en su mayoría 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”.

²⁶⁴ Cfr. el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ob. cit., p. 28. Discrepa sobre la caracterización de la situación como “extraordinaria y urgente” el Sr. Igea Arisqueta, del Grupo Parlamentario Ciudadanos, cuando al preguntarse si “¿Es una situación de urgencia?”, responde que “No lo es, porque las comunidades autónomas y los profesionales han trabajado para que no sea así. Por tanto, ni es extraordinaria la situación de España ni es urgente”; máxime cuando “España ha sido, sigue y seguirá siendo uno de los países más generosos de la Unión Europea”, en la asistencia sanitaria “a todos los inmigrantes, incluidos los irregulares” (p. 36). A pesar de estas consideraciones, el Grupo Parlamentario de Ciudadanos votó a favor del Decreto-ley y del reconocimiento del derecho a la sanidad universal.

Por el contrario, el Grupo Parlamentario Popular no está de acuerdo sobre la vía utilizada por el Gobierno para “homogeneizar la asistencia sanitaria que se presta a los inmigrantes en situación irregular en las distintas comunidades autónomas”. Entiende que esa homogeneización podría haberse “hecho llevando esa propuesta de criterios mínimos en la que trabajaban tanto el Gobierno del Partido Popular como las comunidades autónomas en el Consejo Interterritorial y hacerlo desde el ámbito social”²⁶⁵, en el que —añado— las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva.

El art. 3.ter.1 LCCSNS, en la redacción dada por el Decreto-ley 7/2018, devuelve a los extranjeros que se encuentren en España sin autorización de residencia la titularidad del derecho a la atención sanitaria pública en las mismas condiciones que los españoles. Si bien condiciona su ejercicio al cumplimiento de determinados requisitos como probar que no se tiene la obligación de acreditar la cobertura obligatoria sanitaria por otra vía, que no se puede exportar el derecho desde su país de origen, o que no hay un tercero obligado al pago (art. 3.ter.2 LCCSNS).

Estamos ante una norma básica del Estado, aprobada al amparo de la competencia del art. 148.1.16 CE, cuyo desarrollo y ejecución corresponde a las Comunidades Autónomas. A consecuencia de la nueva redacción del art. 3.ter LCCSNS, las Comunidades Autónomas tienen que modificar las normas aprobadas antes de la reforma del Decreto-ley 7/2018 —si no han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional o ilegales por los tribunales ordinarios—, o aprobar otras nuevas para adecuarlas al contenido del art. 3 ter LCCSNS.

La norma básica atribuye ahora el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros sin permiso de residencia en las mismas condiciones que los españoles, sin exigir expresamente el empadronamiento en un municipio, ni fijar un periodo de tiempo de residencia en España²⁶⁶,

²⁶⁵ Cfr., en la citada sesión de convalidación del Decreto-ley 7/2018 en el Congreso, la intervención de la Sra. Diputada Angulo Romero, por el Grupo Parlamentario Popular. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ob. cit., p. 40.

²⁶⁶ A este respecto, en la sesión de convalidación del Decreto-ley 7/2018 en el Congreso, el Sr. Olòriz Serra, del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, afirma que no puede ser “que una persona que venga a Cataluña, que resida en Cataluña, espere tres meses para atenderlo, ha de ser atendido inmediatamente”. Cfr. el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ob. cit., p. 35.

salvo lo dispuesto confusamente en el segundo inciso del art. 3.ter.4 LCCSNS, para los extranjeros en situación de estancia temporal. Tampoco establece un nivel máximo de renta. Sin embargo, según se ha dicho, al cederse a las Comunidades Autónomas la competencia para regular la solicitud y expedición de un documento certificativo que identifique a los extranjeros no residentes legalmente, existe el riesgo de que se condicione el ejercicio del derecho a una interpretación restrictiva de los requisitos establecidos en el art. 3.ter.2 LCCSNS, o a que se introduzcan otros con fundamento en la interpretación del segundo inciso del art. 3.ter.4 LCCSNS. Como, por ejemplo, acreditar la estancia o residencia en España mediante el empadronamiento en un municipio español por un periodo de tiempo mínimo (tres meses). Estaríamos de nuevo ante una regulación diversa y desigual del derecho a la atención sanitaria de los extranjeros en situación irregular que pondría en entredicho uno de los objetivos de la reforma del Decreto-ley 7/2018, la homogeneización y armonización de la fragmentada normativa autonómica²⁶⁷.

²⁶⁷ El colectivo *Yo Sí Sanidad Universal* afirma que el Ministerio de Sanidad ha emitido para las Comunidades Autónomas un documento sobre “Recomendaciones para el procedimiento de solicitud, registro y expedición del documento certificativo”, las cuales no son de obligado cumplimiento, ya que el Decreto-ley 7/2018 les atribuye la facultad de regular dichos procedimientos. En la negociación de estas recomendaciones, propone la solicitud de un “certificado de empadronamiento en la Comunidad prestadora de la asistencia con una antelación mínima de tres meses”. El Ministerio introduce una nueva condición, que no consta en el Decreto-ley 7/2018, diluyendo “su responsabilidad en las Comunidades Autónomas”. A juicio del colectivo, esta propuesta “supone considerar de facto a toda persona extranjera sin permiso de residencia como en situación de “estancia temporal” mientras no demuestre lo contrario. De, nuevo es la persona la que debe conseguir la prueba (padrón) y, mientras no la consiga, seguirá sin ver reconocido su derecho aunque lleve mucho más de tres meses residiendo en territorio estatal”. *Yo Sí Sanidad Universal* indica también que “las recomendaciones del Ministerio contemplan la posibilidad excepcional de reconocer el derecho a la asistencia tras una valoración favorable por parte de un profesional de los servicios sociales”. En opinión del colectivo, “este procedimiento de excepcionalidad y caso por caso se aleja de la concepción del acceso a la asistencia sanitaria como parte fundamental de la protección del derecho a la salud, y se acerca a la lógica de la beneficencia”. Asimismo, *Yo Sí Sanidad Universal* valora positivamente que en las recomendaciones dirigidas a las Comunidades Autónomas se incluya “la posibilidad de acreditar la no existencia de terceros obligados al pago mediante una declaración jurada”, teniendo en cuenta “los inconvenientes

Por otro lado, el documento identificativo del derecho no se otorgaría, como disponían algunas normas autonómicas, para un periodo de tiempo determinado, susceptible de prórroga. Aunque tampoco dice nada al respecto el art. 3.ter.4²⁶⁸ LCCSNS. De igual modo, ante el silencio de la norma básica, podría entenderse que el documento certificativo solo tendría validez dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma que lo emita, sin perjuicio de que pueda derivarse a los extranjeros a otros centros de referencia en otras Comunidades Autónomas. Asimismo estas tienen la obligación de comunicar al Ministerio de Sanidad los documentos certificativos que expidan (art. 3.ter.5²⁶⁹ LCCSNS).

Las prestaciones sanitarias a las que pueden acceder los extranjeros en situación irregular serán las mismas que las establecidas para los españoles en las carteras que integran la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, más la cartera de servicios complementaria de la Comunidad Autónoma en la que residan. Con dos singularidades, una relativa a la prestación farmacéutica ambulatoria, para la que tienen que abonar el 40 % del precio de los medicamentos (art. 102.5.e) de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos). Se echa de menos la fijación de un porcentaje inferior de copago para los casos de personas en situación de vulnerabilidad socioeconómica extrema²⁷⁰. Otra singularidad es la contenida en la extraña y sorprendente Disposición

prácticos” existentes “para las personas en situación precaria o modesta” de “probar mediante documentos emitidos por el país de origen esta falta de terceros obligados al pago”. Aunque el colectivo alerta también del riesgo de que este procedimiento no se generalice en todas las Comunidades Autónomas. *Vid.*, el Informe del colectivo *Yo Sí Sanidad Universal*, sobre *Valoración del “Real Decreto-Ley 7/2018...”, ob. cit.*, disponible en: <http://yosisanidaduniversal.net/noticias.php/valoracion-del-real-decreto-ley>.

²⁶⁸ Por error tipográfico aparece publicado como 3º en el BOE.

²⁶⁹ Por error tipográfico aparece publicado como 4º en el BOE.

²⁷⁰ El Tribunal Constitucional en las SSTC 98/2004, de 25 de mayo y 136/2012, de 19 de junio, FJ 5, considera que corresponde determinar al Estado, por formar parte del núcleo de lo básico, no solo las decisión sobre quiénes pueden acceder al Sistema Nacional de Salud, o cuáles sean las prestaciones sanitarias, sino también “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»)”.

final segunda del Decreto-ley 7/2018, en la que se establece que para que los extranjeros no residentes legalmente en España puedan acceder a la lista de espera de trasplantes hay que esperar a que se dicte una orden ministerial, previo informe favorable del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en la que se determinen “los requisitos y período mínimo para (...) acceder a la lista de espera”. Queda la duda de si se especificarán o no requisitos distintos a los previstos para los españoles.

5. UNA LECTURA CRÍTICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE UNA CONCEPCIÓN DE LAS BASES DEL ESTADO QUE IMPIDE A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS AMPLIAR LA DETERMINACIÓN SUBJETIVA DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

En las páginas anteriores ha podido comprobarse cómo la determinación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria ha dado lugar a una controversia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que han acudido al Tribunal Constitucional planteando un conflicto de competencia o presentando un recurso de inconstitucionalidad contra normas y disposiciones aprobadas por los órganos correspondientes. Así, desde el Estado, el Gobierno de la nación ha impugnado algunas normas autonómicas (los decretos vasco y navarro, las leyes navarra y extremeña y el decreto-ley valenciano), al entender que la ampliación de la atención sanitaria a los extranjeros en situación irregular atenta contra el art. 3 LCCSNS, reformado por el Decreto-ley 16/2012. Precepto que es legislación básica del Estado, aprobado al amparo de los títulos competenciales del art. 149.1.2 y 149.1.16 CE (competencia exclusiva en materia de inmigración y de las bases de la sanidad). Desde el lado de las Comunidades Autónomas, algunas de ellas han impugnado también el art. 3 LCCSNS por considerar, entre otros motivos, que el Estado se ha extralimitado de la legislación básica vulnerando la competencia autonómica de desarrollo normativo contemplada en la correspondiente norma estatutaria²⁷¹.

²⁷¹ Esta controversia en el ámbito de la asistencia sanitaria es un exponente más del enfrentamiento existente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sobre

Se trata de un conflicto en el que late la cuestión de si las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de la competencia compartida de desarrollo y ejecución de las bases del Estado en materia sanitaria, o de la competencia exclusiva en materia de asistencia social a colectivos desfavorecidos, pueden modificar las bases ampliando y mejorando la atención sanitaria de los extranjeros en situación irregular que reúnan determinadas condiciones (carencia de recursos económicos y de cobertura sanitaria, arraigo y empadronamiento en un municipio de la Comunidad). O dicho de otro modo, si la normativa autonómica de ampliación y mejora de la protección sanitaria de los extranjeros sin permiso de residencia invade la competencia exclusiva del Estado en materia sanitaria al incumplir las bases previstas en el art. 3 LCCSNS que, al regular la condición de asegurado, excluye a dicho colectivo de determinadas prestaciones sanitarias.

A esta cuestión ya nos hemos referido en otra ocasión²⁷², cuando afirmábamos, en relación con la determinación del ámbito objetivo del derecho a la asistencia sanitaria, que el Estado, para garantizar una igualdad mínima de los ciudadanos en el acceso a este derecho, ha establecido mediante legislación básica una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud²⁷³. Esta cartera común integraría

todo a partir de la crisis económica, como consecuencia de los recortes sociales introducidos por el Estado mediante la utilización de la legislación básica y la redefinición o modificación restrictiva de las bases en materias de carácter social. Con carácter general, en las materias de titularidad compartida, algunos de los problemas y conflictos derivados de la articulación entre la legislación básica del Estado y la normativa autonómica de desarrollo, podrían paliarse facilitando la participación de las Comunidades Autónomas en la elaboración de las normas básicas estatales, como sucede en Alemania con la intervención de los *Länder* en la elaboración de la legislación común a través del *Bundesrat*.

²⁷² DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...”, ob. cit., pp. 218-220.

²⁷³ Recordemos que el art. 8 bis, ter y quáter LCCSNS, modificado y añadidos por el Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, regula la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud con 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 su-

el contenido mínimo del derecho a la salud respecto de los nacionales y extranjeros residentes que tengan la condición de asegurado. Las Comunidades Autónomas, en virtud de su autonomía y suficiencia financiera, podrían mejorarlo y superarlo mediante la creación de una cartera de servicios complementaria a la que podrían acceder los residentes que tuvieran la condición de asegurado²⁷⁴. Esta cartera complementaria integraría, a su vez, un contenido adicional del derecho. Ahora bien, respecto de los extranjeros en situación irregular mayores de edad, el contenido mínimo del derecho a la salud era menor, ya que, con la reforma de la legislación básica por el Decreto-ley 16/2012

plementaria 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 los servicios accesorios se sufragan con fondos públicos y con aportaciones económicas de los usuarios. ESCOBAR ROCA, Guillermo: “Los derechos fundamentales...”, ob. cit., pp. 139-140 y “El derecho a la protección...”, cit., pp. 1123-1124, expone cómo el catálogo de prestaciones que integran la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud conforma el contenido del derecho de protección a la salud y se proyecta sobre el concepto de salud por el que opta el art. 43 CE. Concepto que comprende la salud individual y la salud colectiva, la asistencia en caso de enfermedad, en el sentido amplio del término y la prevención frente a ella. Cfr. también CANTERO MARTÍNEZ, Josefa., “La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 80, 2008, pp. 29-32. Sobre la heterogeneidad, complejidad y el carácter evolutivo de las prestaciones sanitarias, *vid.* PEMÁN GABÍN, Juan María, “Las prestaciones sanitarias públicas...”, ob. cit., pp. 105-109, 123-129 y “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas...”, ob. cit., pp. 91 y ss.; VIDA FERNÁNDEZ, José: “Las prestaciones sanitarias del SNS...”, ob. cit., pp. 35 y ss.; LEÓN ALONSO, Marta: La protección constitucional de la salud..., ob. cit., pp. 497-512 y BLASCO LAHOZ, José Francisco: *Las Prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Su aplicación legal y judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 37-154.

²⁷⁴ 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 básica 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 de 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 LCCSNS, añadido por el Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril).

(art. 3 ter LCCSNS), este se rebajó notablemente, comprendiendo solamente la atención en urgencias por enfermedad grave o accidente (que está financiada con fondos públicos). No obstante, según se ha indicado anteriormente, los extranjeros en situación administrativa irregular que acreditasen la residencia efectiva por un año en España podían acceder también a la cartera común básica de servicios asistenciales (aunque no a todas las prestaciones sanitarias) suscribiendo un convenio especial y abonando las cuotas correspondientes (art. 3.5 LCCSNS, reformado por el Decreto-ley 16/2012 y desarrollado por el Decreto 576/2013, de 26 de julio).

Del mismo modo que las Comunidades Autónomas, en el desarrollo de las bases y con suficiencia financiera, podían aprobar su propia cartera de servicios, otorgando prestaciones adicionales a sus residentes (ámbito objetivo del derecho), podrían ampliar también la titularidad de las prestaciones y servicios (ámbito subjetivo del derecho). De esta manera, podría facilitarse el acceso a dichas prestaciones a personas que no tuvieran la condición de asegurado, como los extranjeros en situación irregular, siempre que cumplieran determinados requisitos (nivel de renta, carencia de cobertura sanitaria y residencia y empadronamiento en un municipio de la Comunidad). Sería una opción coherente con la forma del Estado social y autonómico y con la naturaleza de la materia sanitaria como materia de titularidad compartida, abierta a la colaboración normativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas mediante el instrumento normativo de la legislación de bases legislación de desarrollo autonómica. Con ello se evitaría además la tentación centralista del Estado de fijar un régimen jurídico acabado y completo de los requisitos y condiciones básicas para ejercer el derecho de asistencia sanitaria (en sus ámbitos objetivo y subjetivo)²⁷⁵.

²⁷⁵ En este sentido hemos compartido también lo manifestado por el profesor DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: “Derechos de los inmigrantes sin residencia legal...”, ob. cit., pp. 138-139, cuando consideraba que el establecimiento de la titularidad de los derechos sanitarios no es una materia reservada al Estado “en toda su amplitud” por el hecho de tener atribuida la competencia en materia de bases de la sanidad. Dicho de otro modo, “la capacidad del Estado para establecer lo básico en materia sanitaria no implicaría que le correspondiera determinar en exclusiva quiénes son los titulares de los derechos sanitarios, pues sobre la decisión estatal básica y común para el territorio nacional, una

Cuál es la posición mantenida por el Tribunal Constitucional en esta cuestión competencial sobre la determinación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria por la legislación básica estatal y su posible ampliación por la normativa autonómica de desarrollo. El Tribunal no se ha pronunciado expresamente sobre ella hasta el año 2017, en que ha comenzado a resolver los recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia planteados contra algunas de las normas estatales y autonómicas a las que nos hemos referido. No obstante, con anterioridad, el Tribunal había ido fijando algunos criterios jurisprudenciales sobre la finalidad de la legislación básica y sobre lo que puede entenderse por básico en algunos aspectos relacionados con la materia sanitaria. Estos criterios podían servir de pauta para la solución de la cuestión competencial planteada.

5.1. Entre una concepción de las bases como un mínimo común uniforme susceptible de mejora por la legislación autonómica de desarrollo y otra que las configura como un máximo que limita la diversidad normativa autonómica

En la STC 98/2004, de 25 de mayo (FJ 7), aun cuando se refiera a una cuestión objetiva relacionada con la prestación farmacéutica²⁷⁶, el Tribunal reconoce que “partiendo del carácter básico de la materia en cuestión dentro del marco normativo que regula la sanidad,

Comunidad Autónoma podría ampliar la titularidad de derechos con cargo a su presupuesto”. Opinión que reitera el autor en “El Estado autonómico social. El efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 46, 2017, p. 27. En esta línea se pronuncian también BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes...”, ob. cit., pp. 125-126 y “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes...”, ob. cit., pp. 198-199 y ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, “¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de delimitación de competencias?”. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n° 23, 2016, pp. 228-229.

²⁷⁶ Se impugnaba mediante un recurso de inconstitucionalidad, entre otras disposiciones, el art. 51 de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 1997, en el que se regulaban los precios de referencia en especialidades farmacéuticas, que afectaban a la fijación del sistema de financiación pública de una de las prestaciones (los medicamentos) que proporcionaba el Sistema Nacional de Salud.

forzosamente se ha de afirmar que es al Estado al que corresponde su regulación, en tanto que el art. 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 de residencia en el territorio nacional y para evitar la desigualdad en la protección básica de la salud”. Ahora bien, continúa diciendo el Tribunal, “esa necesaria uniformidad mínima que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede mejorarse por las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, y siempre que no se vulneren las exigencias impuestas por el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE)”. El Tribunal sigue aquí, para esta submateria sanitaria, una concepción “cuantitativa” de las bases, en la que las Comunidades Autónomas pueden ampliar o mejorar el nivel mínimo de las prestaciones sanitarias fijado en las bases estatales.

Esta doctrina jurisprudencial no fue adoptada por unanimidad, ya que contra la decisión mayoritaria se formularon dos votos particulares. Así, en el Voto particular del magistrado Vicente Conde Martín de Hijas, al que se adhieren dos magistrados más, se discrepa de la opinión mayoritaria al considerar que “lo básico tiene una propia identidad no cuantificable; es un elemento común, no susceptible de mejora, sino que tiene que ser reconocible como tal en su propia dimensión en todo caso. En tal sentido, si como base se establece la igualdad de los ciudadanos en el acceso a las prestaciones sanitarias, esa igualdad, en cuanto base y en cuanto mínimo común denominador del sistema, no puede desvirtuarse, convirtiendo la igualdad o la igualación de los ciudadanos en el disfrute del derecho a la prestación en una igualación en un mínimo de la prestación, al margen de cuya igualdad pueda abrirse el paso a una ulterior diferenciación de las prestaciones según los distintos territorios, en función de una posible mejora del mínimo estatal por cada Comunidad Autónoma, resultante del diferente ejercicio por ellas de su autonomía financiera”²⁷⁷.

²⁷⁷ Más adelante, el magistrado disidente expone también otro argumento contrario a la tesis mayoritaria cuando reconoce que: “la Ley autonómica que, según su preámbulo, pretende “realizar un importante esfuerzo de disciplina económica”

El magistrado discrepante advierte ya de que pueden existir materias que para mantener su identidad como elemento básico y común no sean cuantificables ni susceptibles de mejora por las Comunidades Autónomas. Se trataría de materias en las que las bases cumplen una función uniformizadora estableciendo un común denominador, pero operarían como un máximo para las Comunidades Autónomas al no poder ampliarlo ni mejorarlo. Estaríamos aquí ante una interpretación de las bases que responde a una concepción “cualitativa” y no “cuantitativa”, mediante la cual se limitaría la potestad legislativa autonómica de desarrollo.

La STC 136/2012, de 19 de junio²⁷⁸, en su FJ 5, reitera y concreta la doctrina de la STC 98/2004. En primer lugar, parte del alcance de las bases en materia de sanidad, mediante las cuales “la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español”, para seguidamente reconocer que ello es sin perjuicio de que “las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias... dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado”. En segundo lugar, precisa el Tribunal que “la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, perte-

(párrafo inicial), y que al referirse (párrafo final) a la “introducción de los precios de referencia en las especialidades farmacéuticas” se dice “que necesariamente contribuirán a frenar el ritmo de crecimiento de los gastos de esta naturaleza”. Si el propósito que alienta el precepto es el de frenar el gasto, resulta casi paradójico que pueda interpretarse en el sentido, más bien contrario a aquel propósito, de mejorar el mínimo estatal, lo que supone en el nivel de mejora una ampliación del gasto en relación con el que supondría el mínimo estatal”.

²⁷⁸ En la que se cuestionaba, por medio de un recurso de inconstitucionalidad, los arts. 14 y 15 de la Ley de las Cortes Valencianas 16/2008, de 22 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, que modifican, respectivamente, los arts. 171 y 172.2 del Decreto Legislativo 1/2005, de 25 de febrero, del Consell de la Generalitat, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de tasas de la Generalitat. Se fijaba una tasa que incidía sobre las prestaciones sanitarias cuando éstas se dirigían a los beneficiarios de determinadas mutualidades administrativas (MUFACE, MUGEJU e ISFAS) que optasen por la sanidad pública.

nece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia²⁷⁹. Además, añade “que la Comunidad Autónoma carece también de competencia para establecer una tasa sobre esta materia” (la prestación sanitaria), ya que “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»”. Por último, al final del FJ 5, después de concretar lo que es básico en la materia sanitaria, el Tribunal reconoce también la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas para su desarrollo: las “bases habilitan un margen para el desarrollo, por parte de las Comunidades Autónomas, de su propia política sanitaria”, de tal modo que estas “podrán, respetando el mínimo formado por las carteras comunes, aprobar sus propias carteras de servicios (...), y establecer servicios adicionales para sus residentes. Es decir, las Comunidades Autónomas podrán mejorar el mínimo estatal, pero en ningún caso empeorarlo”.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal, en el FJ 8, descarta, para el caso enjuiciado, 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”. Por este motivo, por invadir la competencia estatal del art. 149.1.16 CE, el Tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad del precepto de la ley valenciana que había establecido la tasa por presta-

²⁷⁹ 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) (FJ 5).

ciones sanitarias a determinados beneficiarios. En definitiva, por empeorar o rebajar el nivel mínimo de las prestaciones sanitarias fijado en la normativa básica estatal.

La reforma del art. 3 LCCSNS por el Decreto-ley 16/2012, estableciendo una nueva determinación subjetiva del derecho de acceso a la asistencia sanitaria mediante la regulación de la condición de asegurado (que restringe prestaciones a los extranjeros en situación irregular), es una modificación de la legislación básica en la que el Estado rebaja el nivel mínimo de las bases establecidas en los anteriores arts. 3 LCCSNS y 12.1 LODYLE. Como hemos reiterado, algunas Comunidades Autónomas reaccionan frente a la reforma exhaustiva y detallada del art. 3 LCCSNS, aprobando normas que amplían la atención sanitaria a los extranjeros sin permiso de residencia. El Gobierno de la nación impugna ante el Tribunal Constitucional algunas de estas normas (los decretos vasco y navarro, las leyes navarra y extremeña y el decreto-ley valenciano), al afectar a materias de competencia exclusiva del Estado contradiciendo lo previsto en la legislación básica sobre sanidad (art. 3 LCCSNS). Ahora bien, a diferencia del supuesto de la STC 136/2012, de 19 de junio, las normas autonómicas no se impugnan por haber invadido la competencia estatal empeorando o rebajando el nivel mínimo de la prestación sanitaria fijado en la normativa básica estatal. Por el contrario, dichas normas se cuestionan por incumplir las Comunidades Autónomas la reducción del nivel de atención sanitaria (subjetivo y objetivo) que se establece con la modificación de las bases por el Decreto-ley 16/2012.

La cuestión que cabe plantearse, entonces, es si las bases pueden dejar de operar como un mínimo común susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas para pasar a imponer un máximo que no puede ser ampliado ni mejorado por ellas²⁸⁰. Se trataría de una concepción “cualitativa” de las bases por las que el Estado impediría a las Comunidades Autónomas reducir y ampliar o mejorar la determinación objetiva y subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria, frente a la concepción “cuantitativa”, que las facultaría para mejorarla o

²⁸⁰ Cfr., en este sentido, MARZAL YETANO, Elia: “Crisis y competencia por la competencia: el ejemplo de la inmigración”, *Revista de Derecho Político*, n.º 98, enero-abril, 2017, p. 148.

ampliarla, pero no para empeorarla o reducirla. En otras palabras, la concepción “cualitativa” de las bases no permitiría a las Comunidades Autónomas ejercer su competencia de desarrollo normativo, no tanto porque mediante las bases el Estado hubiese agotado toda regulación de la materia sin dejar espacio alguno a la actuación legislativa de las Comunidades Autónomas (que también), sino porque las bases se convertirían en una prohibición de acometer cualquier desarrollo, ampliación o mejora²⁸¹. Lo cierto es que esta concepción de las bases resulta difícilmente compatible con el mecanismo de las bases-desarrollo como instrumento de cooperación legislativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Conforme ya se ha dicho, la modificación del art. 3 LCCSNS por el Decreto-ley 16/2012, sobre la determinación subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria y la restricción de prestaciones a los extranjeros en situación irregular, se fundamenta expresamente en la competencia exclusiva del Estado sobre las bases de la sanidad (art. 149.1.16 CE). Sin embargo, según observa la profesora MARZAL YETANO, la reforma no responde a una concepción “cuantitativa” de las bases, entendidas como un mínimo común normativo que puede ser ampliado y mejorado por las Comunidades Autónomas, ya que aquellas se modifican para reducir o rebajar el nivel mínimo de prestaciones previamente establecido. La reforma se situaría más bien en la concepción “cualitativa” de las bases, en la que el Estado, al reducir la delimitación subjetiva de la atención sanitaria —limitando las prestaciones de los extranjeros sin permiso de residencia—, prohíbe a las Comunidades Autónomas ampliar o mejorar la medida adoptada por el Estado —impidiendo regresar a la situación anterior a la modificación legal—²⁸². En este sentido, la reforma del art. 3 LCCSNS por el Decreto-ley 16/2012 se aproximaría a lo manifestado en el Voto particular del magistrado Conde Martín de Hijas a la STC 98/2004, de 25 de mayo, cuando dice que lo básico debe tener también “una propia identidad no cuantificable (...) no susceptible de mejora”, que sea “reconocible como tal en su propia dimensión”. Ahora bien, el uso de las bases del Estado como límite máximo, como prohibición de desa-

²⁸¹ Ídem.

²⁸² *Ibidem*, p. 149.

rollo legislativo de las Comunidades Autónomas para mejorarlas o ampliarlas, las desnaturaliza como técnica legislativa de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Se trataría de una utilización indebida de las bases en las que el Estado se sirve de ellas para conseguir otros fines como el bloqueo de la actuación legislativa de las Comunidades Autónomas. Para lograr esta finalidad, para impedir que las Comunidades Autónomas intervengan legislativamente, el Estado podría actuar al amparo de otros títulos competenciales de carácter transversal —distintos al sectorial del art. 149.1.16 CE—, como el art. 149.1.1 CE, sobre la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales (aunque este, como ha dicho el Tribunal, quedará absorbido por el de la competencia del Estado para regular las bases de la sanidad, ex art. 149.1.16 CE, que es más específico); el art. 149.1.2 CE, sobre la competencia exclusiva en materia de inmigración (que también es invocado expresamente en el Decreto-ley 16/2012, aunque contribuiría a crear mayor confusión si mediante él se persiguiera el control de la inmigración irregular); o el art. 149.1.13 CE, acerca de la competencia exclusiva sobre las bases de la planificación general económica, mediante el cual el Estado podría establecer medidas de ahorro económico y limitaciones de gasto (como la restricción de ciertas prestaciones sanitarias a un determinado colectivo en un contexto de crisis)²⁸³.

²⁸³ *Ibidem*, pp. 150-151. En opinión de la profesora MARZAL, el Decreto-ley 16/2012 utiliza confusamente los títulos competenciales materiales del art. 149.1.2 y 149.1.16 CE. El primero, porque el Tribunal Constitucional, desde la STC 31/2010, no acaba de aclarar si el Estado está habilitado por dicho título transversal sobre inmigración para actuar en relación con la integración social de los inmigrantes. El segundo, el del art. 149.1.16 CE, sobre las bases en materia de sanidad, porque, como ya se ha dicho, el Gobierno invierte su esquema de funcionamiento al utilizar las bases como un máximo en lugar de como un mínimo, desfigurando “la lógica estructural de la técnica de colaboración bases-desarrollo” (p. 152). Por otro lado, no ha de olvidarse también que la concepción “cualitativa” de las bases como límite máximo, en la que el Estado, en aras de garantizar la igualdad de los ciudadanos, puede llegar a determinar la totalidad del ámbito objetivo y subjetivo de las prestaciones sociales y sanitarias, sin que las Comunidades Autónomas puedan intervenir legislativamente, es un potente instrumento en manos del Estado para recentralizar algunas materias (p. 155). Cfr. también en este sentido, MONTILLA MARTOS, José A., “La legislación básica tras las reformas estatutarias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*,

5.2. *La normativa autonómica que amplía la legislación básica no bloquea el ejercicio de las competencias del Estado sobre la determinación subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria*

De los AATC 239/2012, de 12 de diciembre y 54/2016, de 1 de marzo, dictados por el Tribunal Constitucional para resolver los incidentes de suspensión promovidos contra el Decreto vasco 114/2012, de 26 de junio y el Decreto-ley valenciano 3/2015, de 24 de julio²⁸⁴, podía intuirse una posible solución a la cuestión competencial examinada. Si bien con la advertencia de que los argumentos utilizados están relacionados exclusivamente con el incidente cautelar y su finalidad, el levantamiento o ratificación de la suspensión de la norma impugnada, pero no con la cuestión de fondo objeto del proceso, la titularidad de la competencia discutida, que se acometerá más adelante en la sentencia que ponga fin al proceso²⁸⁵. El Tribunal, respecto de las alegaciones del Abogado del Estado de que el levantamiento de la suspensión del decreto vasco provocaría “un bloqueo de la competencia estatal que quedaría inconstitucionalmente desplazada en el País Vasco” (antecedente 6), responde de forma negativa indicando que en este incidente “la competencia autonómica no impide o bloquea el ejercicio de la competencia estatal, que actúa definiendo los titulares del derecho a la asistencia sanitaria gratuita y el régimen de la prestación farmacéutica. Esta definición no es desvirtuada por la normativa autonómica, que sencillamente amplía las previsiones básicas estatales, habrá que ver en la solución del conflicto de fondo

nº. 78, 2006, p. 116 y TUDELA ARANDA, José: “La territorialización de los derechos. Las nuevas declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía y en la Unión Europea”, *Fundamentos nº 9*, monográfico sobre *La era de los derechos. La teoría general de los derechos fundamentales en sus nuevos territorios y ensamblajes*, 2016, p. 150, que conecta también las bases estatales con la utilización por el Estado del art. 149.1.1 CE, para justificar su intervención en materias que son claramente competencia de las Comunidades Autónomas, como la sanidad.

²⁸⁴ Con ocasión del conflicto de competencia y del recurso de inconstitucionalidad que contra dichas normas presentan respectivamente el Gobierno de la nación y el Presidente del Gobierno.

²⁸⁵ Así se afirma expresamente en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 4, citando, entre otros, el ATC 18/2007, de 18 de enero, FJ 5. En igual sentido, se pronuncia el ATC 54/2016, de 1 de marzo, FJ 2.

si de forma respetuosa o no con el contenido de la legislación básica” (FJ 4). El ATC 54/2016, de 1 de marzo, sobre el incidente de suspensión del decreto-ley valenciano, responde de igual modo al alegato del Abogado del Estado sobre el bloqueo de las competencias estatales por la ampliación generalizada del ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias y farmacéuticas por la norma autonómica (antecedente 9), al afirmar que no se está “produciendo un bloqueo de las competencias estatales”, entre otros motivos, porque “en este caso, tanto la Generalitat Valenciana como las Cortes Valencianas se consideran competentes para adoptar la regulación impugnada y, además, la norma autonómica no se dicta con la finalidad de dejar en suspenso el ejercicio de una competencia estatal cuya legitimidad se discute” (FJ 7). En definitiva, a juicio del Tribunal, las normas vasca y valenciana no impiden la competencia del Estado ni incumplen lo dispuesto en las bases estatales, ya que lo que hacen es ampliar y mejorar las prestaciones establecidas en la legislación básica estatal.

5.3. La introducción del principio de estabilidad presupuestaria como nuevo límite a la autonomía financiera y a la capacidad de desarrollo legislativo de las bases

La STC 139/2016, de 21 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra determinados artículos del Decreto-ley 16/2012 modificadores de la LCCSNS, no aborda expresamente la cuestión competencial examinada²⁸⁶, aunque sí introduce un nuevo elemento que puede afectar a

²⁸⁶ Si la ampliación por la ley navarra del ámbito subjetivo de la atención sanitaria a los extranjeros en situación irregular que carezcan de recursos y se encuentren en el territorio autonómico es contraria a la legislación básica (art. 3 LCCSNS) reformada por el Decreto-ley 16/2012. El Tribunal analiza otra cuestión competencial (que no estima), la planteada por el Parlamento de Navarra sobre la posible vulneración de las competencias de la Comunidad Foral por el art. 2.5 del Decreto-ley 16/2012, que exige, para la aprobación de la cartera de servicios complementaria autonómica, “la garantía previa de suficiencia financiera de la misma en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria”; exigencia que, a juicio del Parlamento navarro, limitaría la capacidad de desarrollo legislativo de las bases estatales del art. 53 de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra.

la colaboración normativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia que nos ocupa. Se trata del principio de estabilidad presupuestaria del art. 135 CE que puede ser invocado, en la resolución de los conflictos de competencia y recursos de inconstitucionalidad presentados, como un nuevo límite constitucional a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, al no poder estas endeudarse o incurrir en déficit estructural fuera de los márgenes establecidos por la Unión Europea (art. 135.2 CE). Así, el Tribunal establece, en el FJ 12 de la STC 139/2016, que “la exigencia de que las Comunidades Autónomas acrediten condiciones de suficiencia financiera en el marco del principio de estabilidad presupuestaria deriva directamente del art. 135 CE, al disponer que todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria”. El Tribunal añade, citando jurisprudencia anterior sobre este principio constitucional, que “según la STC 157/2011, de 18 de octubre, FJ 3, estamos, pues, ante un mandato constitucional que, como tal, vincula a todos los poderes públicos y que por tanto, en su sentido principal, queda fuera de la disponibilidad —de la competencia— del Estado y de las Comunidades Autónomas”. Por otro lado, el Tribunal precisa que “la STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 8 a), recuerda que la imposición de límites presupuestarios a las Comunidades Autónomas no sólo encuentra su apoyo en la competencia estatal de dirección de la actividad económica general (ex art. 149.1.13) (...), sino que encuentra su fundamento en el límite a la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con la Hacienda estatal del art. 156.1 CE”.

Ahora bien, ha de tenerse presente también, según ha reconocido el Tribunal, que cuando una norma, en un contexto de crisis económica, tenga por objeto adoptar medidas de reducción de gasto público, no puede adoptarse basándose exclusivamente en la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), para hacer efectiva la aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, sino que dicha norma ha de fundamentarse además en el título competencial material (la sanidad)²⁸⁷.

²⁸⁷ Cfr. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “El Estado autonómico social...”, ob. cit., p. 24, con cita de la STC 26/2016, de 18 de febrero, FJ 6, aplicada al ámbito material de la educación.

En consecuencia, el principio de estabilidad presupuestaria como principio constitucional que vincula a todos los poderes públicos, puede servir también de fundamento para restringir la capacidad y la competencia de las Comunidades Autónomas de ampliación de las prestaciones sanitarias, al imponerles un límite de gasto, una limitación a su autonomía financiera y presupuestaria para la gestión de sus políticas propias²⁸⁸. En este sentido, excluir por legislación básica a los extranjeros en situación irregular de la mayoría de prestaciones sanitarias, como medida de ahorro y de reducción del gasto sanitario, podría ser constitucional a la luz del principio de la estabilidad presupuestaria, que obliga tanto al legislador estatal como a los autonómicos, y a estos, no solo en las materias de competencia exclusiva sino también en las compartidas de desarrollo legislativo de las bases.

No obstante, si las Comunidades Autónomas cumplen con el mandato y límite constitucional del principio de estabilidad presupuestaria y con lo dispuesto en su ley de desarrollo, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, adoptando, en el ejercicio de su autonomía política y financiera, las decisiones presupuestarias procedentes, podrían, si disponen de suficiencia financiera, ampliar y mejorar el nivel mínimo del ámbito subjetivo (beneficiarios) y objetivo (prestaciones) del derecho a la asistencia sanitaria establecido en la legislación básica del Estado.

5.4. La competencia estatal del art. 149.1.1 CE queda absorbida por la del art. 149.1.16 CE sobre la regulación de las bases de la sanidad (las SSTC 64/2017, de 25 de mayo y 97/2017, de 20 de julio)

En las SSTC 64/2017, de 25 de mayo y 97/2017, de 20 de julio, que resuelven respectivamente un recurso de inconstitucionalidad y un conflicto positivo de competencia planteados por el Gobierno Vasco contra determinados preceptos del Decreto-ley 16/2012²⁸⁹ y

²⁸⁸ *Vid.*, entre otros, SANZ GÓMEZ, Rafael “Los derechos sociales ante la crisis de las finanzas públicas...”, pp. 157-166 y SOTO LOSTAL, Salvador, “La exigibilidad de los derechos sociales...”, *ob. cit.*, pp. 122-123.

²⁸⁹ En este proceso, el Gobierno Vasco consideraba que la regulación contenida en diversos preceptos del Decreto-ley 16/2012 (arts. 1.2, 2.3 y 4 y 4.13), modificadores de varios apartados del art. 8 LCCSNS, sobre las carteras común suple-

del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto²⁹⁰, son interesantes las reflexiones que sobre la cuestión competencial presenta el Abogado del Estado para que se desestimen los recursos y el conflicto promovidos²⁹¹. En ellas puede constatarse cómo el Abogado del Estado opta por situar la competencia sobre la determinación del ámbito subjetivo del derecho a la protección de la salud y de la regulación de la condición de asegurado en el título transversal del art. 149.1.1 CE (aunque no se invoque expresamente por el legislador de urgencia), el cual tendría prevalencia sobre el del art. 149.1.16 CE. Así, para el Abogado del Estado, algunos de los aspectos nucleares sobre el derecho a la protección de la salud, como por ejemplo el de la definición de los beneficiarios, han de abordarse desde la perspectiva del título competencial del art. 149.1.1 CE, en virtud del cual “el Estado ostenta competencia exclusiva, no susceptible propiamente de desarrollo autonómico. En concreto, la definición del titular de la prestación sanitaria es típicamente una condición básica que tiende a garantizar la igualdad en el acceso al derecho previsto en el artículo 43 CE, cuya observancia se vería gravemente afectada si se admitiese la incidencia de la legislación autonómica sobre el ámbito subjetivo del derecho

mentaria y de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud, excedía de la competencia del Estado en materia de sanidad, del art. 149.1.16 CE, al no dejar margen de desarrollo normativo a la Comunidad Autónoma y al reservarse el Estado competencias ejecutivas que corresponden a las Comunidades Autónomas, vulnerando también la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco en dicha materia, según lo dispuesto en el art. 18 de su Estatuto de Autonomía.

²⁹⁰ En este conflicto, el Gobierno vasco alegaba que los preceptos impugnados del 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 (que es norma básica al desarrollar lo previsto en el art. 3 bis LCCSNS, reformado por el art. 1.2 del Decreto-ley 16/2012), acometían, en primer lugar, una regulación detallada sobre una actividad material (atribuir a una entidad estatal, el INSS, el reconocimiento, control y extinción de la condición de asegurado) sin dejar un espacio normativo a la Comunidad Autónoma y, en segundo lugar, que reservaban al Estado competencias de ejecución que correspondían a la Comunidad Autónoma.

²⁹¹ Las alegaciones del Abogado del Estado pueden verse en los antecedentes 5.c) de la STC 63/2017, de 25 de mayo; 7. c) de la STC 64/2017, de 25 de mayo y 4. c) y d) de la STC 97/2017, de 20 de julio.

a la asistencia sanitaria”²⁹². Añade el Abogado del Estado que “la determinación de quienes pueden acceder a la prestación sanitaria y la fijación de determinadas condiciones de acceso a tales prestaciones constituyen elementos comunes, no susceptibles de mejora por la legislación autonómica, que persiguen garantizar la igualdad efectiva de los ciudadanos independientemente de cual sea su lugar de residencia” (STC 97/2017, de 20 de julio, antecedente 4.c). Ahora bien, continúa afirmando el Abogado del Estado, que “sin perjuicio de que la regulación de la condición de asegurado se incardina de manera fundamental en lo que son condiciones básicas de igualdad en el ejercicio del derecho a la protección de la salud” (art. 149.1.1 CE), esta ha de conectarse también, por su “carácter materialmente básico”, con el título competencial del art. 149.1.16, “de modo que la determinación de la condición de asegurado, su reconocimiento y control fijan el contenido primario y común del derecho a la protección de la salud”. Además se recuerda, citando a la STC 136/2012 (FJ 5), que la definición de la condición de asegurado y de beneficiario corresponde al Estado al ser una materia de carácter básico que, como tal, constituye “el mínimo regulatorio necesario para garantizar un tratamiento común, en todo el territorio nacional” (STC 97/2017, de 20 de julio, antecedente 4.d).

Asimismo, el Abogado del Estado, en la STC 64/2017, de 25 de mayo (antecedente 7.c), reconoce que, aun siendo cierto que “el Tribunal Constitucional ha entendido también (STC 136/2012, FJ 3) que la competencia del artículo 149.1.1 CE queda subsumida en la más específica del artículo 149.1.16 CE (...); no puede ignorarse que el Estado tiene, conforme a lo dispuesto en aquel título, competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde la concreta perspectiva de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales. Esta dimensión no es susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara, cual sucede con el título competencial del artículo 149.1.16 CE”. Y es que, coincidiendo en

²⁹² En términos similares se pronunciaba también el Abogado del Estado en la STC 63/2017, de 25 de mayo (antecedente 5. c), que resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra determinados preceptos del Decreto-ley 16/2012, a la que nos referiremos seguidamente.

parte con lo señalado en el Voto particular del magistrado Conde Martín de Hijas a la STC 98/2004, de 25 de mayo, “en materia sanitaria las bases no siempre han de identificarse con un mínimo normativo mejorable por las Comunidades Autónomas. La determinación de quienes pueden acceder a la prestaciones sanitarias y la fijación de determinadas condiciones de acceso a ellas constituyen elementos comunes que persiguen garantizar la igualdad efectiva de los ciudadanos, independientemente de cual sea su lugar de residencia, no siendo por tanto susceptibles de mejora por la legislación autonómica”.

El Tribunal Constitucional no adopta, en ambas sentencias, la tesis del Abogado del Estado, aunque llegue a la misma conclusión, la desestimación del recurso y del conflicto. Así, en las SSTC 64/2017, de 25 de mayo y 97/2017, de 20 de julio, el Tribunal, basándose en jurisprudencia anterior (SSTC 136/2012, de 19 de junio, FJ 3 y 211/2014, FFJJ 4 y 5), establece que, en la controversia constitucional planteada, debe descartarse la competencia estatal del art. 149.1.1 CE, al quedar absorbida por la que la corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad, ex art. 149.1.16 CE, por ser “más específica” y poder “dotarse de un mayor contenido” (FJ 3)²⁹³.

²⁹³ En la STC 64/2017, de 25 de mayo (FJ 5), referida al ámbito objetivo del derecho, el Tribunal sostiene que la impugnación del Gobierno vasco “adolece de parquedad argumentativa”, al afirmar “escuetamente que la regulación básica no deja margen al desarrollo autonómico y que reserva al Estado competencias ejecutivas (sin precisar cuáles) que corresponden a las Comunidades Autónomas”. Por el contrario, el Tribunal entiende que “los preceptos impugnados no contienen reserva alguna de facultades ejecutivas a favor del Estado” y que “las bases contenidas en los preceptos impugnados «habilitan un margen para el desarrollo, por parte de las Comunidades Autónomas, de su propia política sanitaria. Estas podrán, respetando el mínimo formado por las carteras comunes, aprobar sus propias carteras de servicios (artículo 8 quinquies) y establecer servicios adicionales para sus residentes» (STC 136/2012, FJ 5), asumiendo el coste de estas carteras complementarias; que en ningún caso estarán incluidas en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud”.

En la STC 97/2017, de 20 de julio (el FJ 4), el Tribunal resuelve la cuestión impugnada remitiéndose a lo manifestado en la STC 33/2017, de 1 de marzo, que examina el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra el art. 1.2 del Decreto-ley 16/2012. En la demanda se invocaban los mismos motivos que alega ahora el Gobierno vasco. En la STC 33/2017, el Tribunal, para desestimar la impugnación de los arts. 4, 5, 6 y 8 del Real Decreto 1192/2012 (que son desarrollo reglamentario

5.5. La confirmación del carácter básico, ex art. 149.1.16 CE, de la restricción del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria (la STC 63/2017, de 25 de mayo): algunas objeciones

De las decisiones que ha dictado el Tribunal Constitucional, resolviendo los recursos y conflictos promovidos por las Comunidades Autónomas contra determinados preceptos del Decreto-ley 16/2012, que modifican otros de la LCCSNS, es la STC 63/2017, de 25 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña, la que se ocupa de algunos aspectos de la cuestión competencial examinada. Así, para el Gobierno catalán, el art. 1.1 del Decreto-ley 16/2012, que modifica el art. 3 LCCSNS que fija el ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria pública en España, vaciaba la competencia de desarrollo normativo de la Generalitat en la determinación de los titulares al acceso a las prestaciones sanitarias, ya que el ámbito mínimo esencial fijado en la norma básica no permitía su ampliación y mejora por las Comunidades Autónomas. El precepto de la ley estatal vulneraba la competencia autonómica del art. 162 EAC, en materia de sanidad. Asimismo, el Gobierno catalán entendía que el concepto más restrictivo de universalidad del Sistema Nacional de Salud previsto en el Decreto-ley 16/2012 conculcaba también el art. 162 EAC, al impedir la efectividad del mandato estatutario contenido en el art. 23 EAC, sobre el derecho de todas las personas de acceso en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios públicos²⁹⁴.

del art. 3 bis LCCSNS, introducido por el art. 1.2 del Decreto-ley 16/2012), reconoció que las facultades discutidas (las de reconocimiento, control y extinción de la condición de asegurado por el INSS) se insertaban “en el ámbito específico de las competencias estatales en materia de coordinación general de la sanidad”, del art. 149.1.16 CE, que tiene carácter prevalente sobre la determinación de la condición de asegurado.

²⁹⁴ Además, el Gobierno de la Generalitat impugnaba la regulación contenida en varios preceptos del Decreto-ley 16/2012 (arts. 1.1, 2 y 3; 4.1, 4, 5 y 14; 6.2 y 3; 8.2; 10.4 y la Disposición final sexta.1) por considerar que eran inconstitucionales al no tener cobertura en los títulos competenciales invocados por su Disposición final primera, invadiendo las competencias de la Generalitat en las materias de sanidad, salud pública y medicamentos y función pública de los arts. 162, 150 y 136.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

El Tribunal, acudiendo a la STC 136/2012, de 19 de junio (FJ 5)²⁹⁵, establece dos consideraciones:

- 1^a) Que “desde la perspectiva competencial, la modificación incorporada por el art. 1.1 del Decreto-ley 16/2012 (que en la STC 139/2016 ha quedado encajada en el margen de configuración del legislador) en nada altera la anterior conclusión, pues tanto antes como después de la reforma legal que ahora examinamos, el art. 3 de la Ley 16/2003 define el ámbito subjetivo de la garantía de la atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud con cargo a fondos públicos (...), y por ello conforma el núcleo de lo básico” (FJ 4). Aunque el Tribunal no responda expresamente a la cuestión de si el nuevo y restrictivo mínimo establecido por la legislación básica puede ser ampliado o mejorado por el legislador autonómico, sí deja apuntado que el carácter básico de la materia examinada, el ámbito subjetivo del derecho, determina su regulación exclusiva por las bases estatales²⁹⁶.
- 2^a) El Tribunal reconoce, en el mismo fundamento jurídico, que la competencia compartida que tiene la Generalitat de Cataluña en la materia sanitaria, dentro de los ámbitos enumerados en el art. 162.3. a) EAC, habrá de ejercerse necesariamente en el marco definido por el legislador básico con el matiz de que “no es necesario que el Estatuto de Autonomía lleve a cabo una expresa salvaguarda de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado por el art. 149.1 CE, puesto que constituyen límites infranqueables a los enunciados estatuta-

²⁹⁵ Que confirmó ya el carácter básico, ex art. 149.1.16 CE, del art. 3 LCCSNS (anterior a su reforma legal), al entender que “la decisión acerca de quienes 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”.

²⁹⁶ Incluso en la STC 64/2017, FJ 5, declarará que el ejercicio de la competencia de desarrollo legislativo de la normativa básica en la materia de la “sanidad interior” por las Comunidades Autónomas se predica del “conjunto de la materia”, “no de aspectos concretos de la misma”. De ahí que “no son infrecuentes los casos en los que resulta posible que la legislación básica agote legítimamente el espacio normativo en un subsector de aquella materia”.

rios”, conforme ya se estableció en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 102²⁹⁷.

Por los motivos expuestos, el Tribunal desestima la solicitud de inconstitucionalidad promovida por el Gobierno catalán contra el art. 1.1 del Decreto-ley 16/2012, que modificaba el art. 3 LCCSNS.

Contra la sentencia formulan Voto particular los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré, Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, adhiriéndose a la mayoría de sus consideraciones el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos en su Voto particular. Coincidimos con algunos de los motivos alegados por los magistrados discrepantes y que se incluyen en el apartado III del Voto particular. En primer lugar, cuando reconocen que la decisión adoptada por el Tribunal se basa en una aplicación mecánica y rígida de la doctrina fijada en la STC 136/2012, que además es una resolución “desfasada e insuficiente” para aplicarla al caso enjuiciado. Esta sentencia analizaba la versión anterior del art. 3 LCCSNS, que era muy próxima al reconocimiento de un derecho universal a la asistencia sanitaria, al garantizar el acceso a las prestaciones sanitarias públicas —en todo el territorio nacional— a un colectivo de personas muy amplio (nacionales, ciudadanos comunitarios, extranjeros no comunitarios residentes legalmente y extranjeros no residentes empadronados), de tal manera que estábamos ante “un mínimo común uniforme

²⁹⁷ Límites que, como continúa diciendo el Tribunal y según hemos señalado en este trabajo, “operan respecto de los derechos recogidos en los Estatutos de Autonomía, como es el caso del artículo 23 EAC, que sólo vinculan al legislador autonómico; y su proclamación, como expresa el artículo 37.4 EAC, «no puede implicar alteración alguna del ámbito de las competencias autonómicas definido a partir del régimen constitucional de distribución de competencias; esto es, que dicha proclamación ha de operar siempre, y sólo, sobre el presupuesto de las concretas competencias atribuidas a la Generalitat de Cataluña de conformidad con las previsiones constitucionales» (STC 31/2010, FFJJ 16 y 18)”. Sobre las pretensiones de blindar las competencias autonómicas en el Estatuto para limitar la extensión de lo básico, *vid.*, entre otros, MONTILLA MARTOS, José A., “La legislación básica tras...”, *ob. cit.*, pp. 120-129; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: “Legislación básica y Estatutos de Autonomía”. En Ortega Álvarez, Luis; Solozábal Echavarría, Juan José; y Arbós i Marín, Xabier: *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 9-65 y SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juanjo: “La noción estatutaria de la legislación básica como pretexto”, en la misma obra, pp. 76-86.

garantizado por el Estado ex artículo 149.1.16 CE”, que “por pura lógica no admitía ampliación” o mejora alguna. Además, el supuesto de hecho de la STC 136/2012 era diferente al que se sustanciaba en la STC 63/2017, ya que trataba de la implantación legal de una tasa autonómica (copago) en la prestación farmacéutica, que empeoraba (no mejoraba) lo previsto en la legislación básica. Por el contrario, en el caso examinado en la STC 63/2017, el punto de partida es el opuesto, ya que la reforma del art. 3 LCCSNS por el Decreto-ley 16/2012 incorpora una reducción del ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria establecido en la legislación básica anterior. La cuestión que ahora se plantea —que no ha recibido una respuesta adecuada en la sentencia— es si las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de su competencia de desarrollo normativo pueden mejorar el mínimo común normativo estatal, ampliando la asistencia sanitaria a los colectivos excluidos por la anterior norma básica.

Compartimos también la respuesta afirmativa que a esta cuestión dan los magistrados disidentes, acudiendo para ello a una interpretación sistemática de las normas competenciales establecidas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía y de los principios constitucionales de orden material, de tal modo que “la efectividad del derecho a la protección de la salud hubiera debido presidir la interpretación de los títulos competenciales confrontados, a fin de respaldar, de entre las diversas interpretaciones posibles, aquellas que razonablemente permitan cumplir el mandato proclamado en el artículo 43 CE”. El art. 43 CE, como principio rector, tiene por objeto orientar la actuación de todos los poderes públicos —estatales y autonómicos—, obligando a estos a desarrollar acciones normativas destinadas a garantizar el cumplimiento del mandato que en él se contiene: “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”. Conforme a estos postulados, las Comunidades Autónomas pueden adoptar políticas propias orientadas a facilitar la atención sanitaria a los colectivos excluidos por la legislación básica, amparándose para ello en la competencia de desarrollo legislativo en materia de sanidad, o en la competencia exclusiva en materia de asistencia social. Coincidiendo con la tesis que venimos manteniendo, los magistrados discrepantes son también partidarios de aplicar al caso enjuiciado la doctrina fijada por el Tribunal, entre otras, en la STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ

7, de tal manera que, una vez constatado que la reforma de la legislación básica ha excluido de la cobertura sanitaria a determinados Colectivos, “el mínimo estatal, antes universal, resulta ahora susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas”, basándose para ello, con carácter general, en los principios de autonomía y de unidad de la Constitución y, con carácter específico, en la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de sanidad. Una competencia que, como destaca la doctrina citada (STC 98/2004), queda sometida al principio de solidaridad y a la existencia de financiación propia, que “limitan pero en modo alguno cercenan el principio de autonomía, entendido como capacidad de adoptar políticas propias”.

En segundo lugar, como dice el Voto particular, ha de tenerse en cuenta que la protección sanitaria pública en España puede articularse también a través del ejercicio de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social. En este sentido, los magistrados discrepantes consideran que, ante las restricciones introducidas por el Decreto-ley 16/2012 en la asistencia sanitaria pública a colectivos especialmente vulnerables, las Comunidades Autónomas pueden cubrir las necesidades de las personas afectadas acudiendo a otros sistemas complementarios de protección como el de la asistencia social. Ahora bien, según afirman los magistrados disidentes, no se está ante el proceso idóneo para “analizar si las medidas normativas o meramente administrativas que han adoptado las Comunidades Autónomas en el campo de la asistencia sanitaria pública para atender el descubierto por el Real Decreto-ley 16/2012 responden al legítimo ejercicio de uno u otro título competencial, con los límites y contornos que las definen”. Para resolver esta cuestión competencial había que esperar todavía un tiempo. Aun así, creemos que el Tribunal podía haber anticipado alguna reflexión al respecto. No lo ha considerado así la mayoría de los magistrados que, como hemos podido comprobar, han optado por una interpretación muy rígida de las bases estatales contraria a la “aceptación de la diversidad de políticas públicas como elemento nuclear del Estado autonómico, e indiferente a los postulados del Estado social”.

5.6. *La inconstitucionalidad, por vulnerar el sistema de distribución de competencias, de las normas autonómicas que amplían la asistencia sanitaria a colectivos de personas no contemplados en la legislación básica (la STC 134/2017, de 16 de noviembre)*

Ha habido que esperar varios años hasta que, finalmente, el Tribunal ha resuelto de modo expreso la cuestión acerca de si las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de su competencia de desarrollo y ejecución de la legislación básica pueden ampliar y mejorar esta en la determinación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria. Lo hace en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, que resuelve el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la nación contra determinados preceptos del Decreto 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 Euskadi²⁹⁸. La parte recurrente considera que la regulación contenida en la norma vasca, al procurar el acceso a las prestaciones sanitarias de la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud a las personas que no tienen la condición de asegurados ni de beneficiarios del Sistema Nacional de Salud, según lo dispuesto en la legislación básica (art. 3 LCCSNS), excede de las competencias autonómicas al vulnerar las del Estado contenidas en los arts. 149.1.1, 149.1.2, 149.1.16, 149.1.17 CE²⁹⁹.

²⁹⁸ Como ya se ha anticipado, el Tribunal, en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, levantó la suspensión que pendía sobre determinados preceptos del decreto vasco, tras la presentación del conflicto de competencia por el Gobierno de la nación.

²⁹⁹ Ha de recordarse que el art. 1 del decreto vasco establece la finalidad de la norma impugnada “regular en la Comunidad Autónoma de Euskadi, el acceso a las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud a aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo, así como la complementación de las condiciones financieras básicas en que se desarrolla la prestación farmacéutica”. Y que el art. 2, apartados 2º y 3º, concreta algunas de las personas que pueden recibir en el País Vasco las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud: las “que dispusiesen de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la

De la lectura de la sentencia pueden extraerse las siguientes consideraciones del Tribunal sobre la cuestión planteada:

1ª) En relación con los títulos competenciales aplicables, el Tribunal, citando jurisprudencia anterior, realiza las siguientes precisiones en el FJ 3:

- a) Que la competencia del Estado que guarda una relación más estrecha con la controversia constitucional planteada es la del art. 149.1.16 CE, sobre sanidad. Así puede deducirse de una doctrina jurisprudencial ya consolidada por el Tribunal, en las SSTC 98/2004, de 25 de mayo, FFJJ 5 y 9; 136/2012, de 19 de junio, FJ 3; 211/2014, de 18 de diciembre, FJ 4 y 64/2017, de 25 de mayo, FJ 3. Es, además, el título competencial que sobre la determinación de las condiciones de asegurado y de beneficiario del sistema sanitario público tiene un carácter prevalente.
- b) Que ha de descartarse la competencia estatal del art. 149.1.1 CE, ya que, de acuerdo también con la doctrina fijada por el Tribunal, entre otras, en las SSTC 97/2017, de 17 de julio, FJ 3 y 64/2017, de 25 de mayo, FJ 3, queda absorbida por la que corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad, ex art. 149.1.16 CE, que es más específica y que puede dotarse de un mayor contenido.
- c) Que tampoco concurre la competencia recogida en el art. 149.1.2 CE, sobre inmigración y extranjería, ya que es una competencia que comprende primordialmente los aspectos relacionados con la “determinación del régimen jurídico del extranjero en España”, “de los derechos que (...) deben ser extendidos a los ciudadanos de otras nacionalidades”. “El estatuto

entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012” y las que cumplan determinados requisitos: “a) Estar empadronadas en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el que tengan su domicilio habitual, por un periodo continuado de, al menos, un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria. b) Ser persona perceptora de prestaciones económicas integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión o tener ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica para la inclusión y protección social de acuerdo a su normativa reguladora. c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título”.

del extranjero”, como parte integrante del título competencial estatal del art. 149.1.2 CE, no incluye (...) la fijación de unas condiciones básicas de igualdad entre todos los extranjeros radicados en el territorio del Estado, sino que tiene, más bien, el objetivo de fijar las condiciones de igualdad entre extranjeros y españoles en la titularidad de los derechos constitucionales”. El Tribunal precisa también que “en aquellos ámbitos en que el estatuto del extranjero fijado por el Estado ex art. 149.1.2 CE, permita una diferencia de trato por razón de la extranjería, los poderes públicos titulares de la competencia sectorial afectada pueden optar por aplicar a los extranjeros las mismas políticas o medidas adoptadas en relación con los españoles (STC 87/2017, de 4 de julio, FJ 4)”.

El Tribunal, sin embargo, no menciona el principio constitucional contenido en el art. 43 CE, el mandato dirigido a los poderes públicos, incluidos los legisladores estatal y autonómicos, de protección de la salud de las personas, que ha de ponerse en relación con los demás títulos aplicables en la materia examinada. Así lo pone de manifiesto también en uno de los Votos particulares formulados contra la sentencia, el suscrito por los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré, Cándido Conde-Pumpido Tourón, Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada María Luisa Balaguer Callejón. Comparto con ellos la opinión de que “la efectividad del derecho a la protección de la salud hubiera debido presidir la interpretación de los títulos competenciales confrontados, a fin de respaldar, de entre las diversas interpretaciones posibles, aquellas que razonablemente permitan cumplir el mandato proclamado en el artículo 43 CE y alcanzar sus objetivos” (apartado 2º)

2ª) Respecto de la distribución de competencias sobre la materia de sanidad, según lo dispuesto en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV), el Tribunal establece que, de acuerdo con el art. 149.1.16 CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”, entendida esta como “sanidad interior” y que, conforme al art. 18.1 EAPV, a la Comunidad Autónoma del País Vasco le corresponde “el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior”.

Para la definición de lo básico por el legislador estatal —su alcance y límites—, el Tribunal Constitucional admite, en el FJ 4, que existen varias técnicas, según la materia de que se trate o los sectores del ordenamiento afectados. Una de ellas consiste en concebir a las bases “como un mínimo común uniforme, pero mejorable, por parte de las Comunidades Autónomas”. Esta fórmula es aplicable, dentro de la materia de la sanidad, a la de las prestaciones sanitarias, sobre la que el Estado dispone, ex art. 149.1.16 CE, de la capacidad de establecer las normas básicas para garantizar en todo el territorio nacional su “disfrute”, de tal modo “que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos (SSTC 98/2004, FJ 7, 22/2012, FJ 3; 136/2012, FJ 5; 211/2014, FJ 4; 33/2017, FJ 4; 64/2017, FJ 4 y 99/2017, FJ 3)”.

- a) El Tribunal afirma seguidamente que esta doctrina sobre las bases estatales como un mínimo común uniforme susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas, está consolidada “en el ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias”, del derecho a la atención sanitaria, tras la modificación por el art. 2 del Decreto ley 16/2012 del art. 8 LCCSNS e introducción de los arts. 8 bis a 8 quinquies LCCSNS, en los que, como se ha dicho, junto a las carteras que integran la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud (la común básica de servicios asistenciales, la común suplementaria y la común de servicios accesorios)³⁰⁰, que constituyen el mínimo común denominador para todo el Estado, la normativa básica prevé también la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar y mejorar el catálogo de prestaciones sanitarias en sus respectivos ámbitos territoriales, a través de la denominada cartera de servicios complementaria³⁰¹.

³⁰⁰ Art. 8, bis, ter y quáter LCCSNS. Existe un error de transcripción en la sentencia, ya que se ha omitido en ella la referencia a la cartera común suplementaria, que forma parte también de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud.

³⁰¹ Art. 8, quinquies LCCSNS. El Tribunal cita jurisprudencia anterior (SSTC 136/2012, FJ 5 y 64/2017, de 25 de mayo, FJ 5), señalando que las bases contenidas en el art. 8 “habilitan un margen para el desarrollo, por parte de las Comunidades Autónomas, de su propia política sanitaria”, conforme a la cual “podrán, respetando el mínimo formado por las carteras comunes, aprobar sus propias carteras de servicios y establecer servicios adicionales para sus residentes asumiendo el coste de estas carteras complementarias”.

- b) En relación con la determinación de lo básico en el ámbito subjetivo de la materia de las prestaciones sanitarias, el Tribunal indica que, hasta ahora, solo se ha pronunciado sobre los preceptos de la normativa estatal que delimitan los conceptos de asegurado y beneficiario como elementos definidores de las personas que tienen derecho de acceso al catálogo de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Estos preceptos (art. 1 del Decreto-Ley 16/2012 que modifica el art. 3 LCCSNS) han sido calificados por el Tribunal como formal y materialmente básicos³⁰².

La cuestión que, por primera vez, se plantea de forma directa ante el Tribunal Constitucional es la de determinar la naturaleza y el alcance de la regulación básica del elemento subjetivo del sistema de salud o, dicho de otro modo, del ámbito subjetivo del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias. El Tribunal, coincidiendo parcialmente con la posición del Abogado del Estado, establece en el FJ 5 las siguientes observaciones:

- a') Con carácter previo, anticipa que, en la materia de sanidad interior, el desarrollo legislativo de la normativa básica por las Comunidades Autónomas se predica del “conjunto de la materia”, “no de aspectos concretos de la misma”; de ahí que sea posible “que la legislación básica agote legítimamente el espacio normativo en un subsector de aquella materia” (STC 64/2017, FJ 5).
- b') Que la atribución a las Comunidades Autónomas de la capacidad de “desarrollar para mejorar el ámbito prestacional fijado por el Estado se halla en función, precisamente, de los límites y del alcance que las propias bases del Estado fijen, con fundamento en los intereses generales que aquél justifique”. Intereses que el Tribunal identifica a continuación, acudiendo al preámbulo del Decreto-Ley 16/2012: la “racionalización del gasto sanitario” para hacer sostenible “el

³⁰² Lo ha hecho, entre otras, en las ya citadas SSTC 98/2004, de 25 de mayo, FFJJ 5 a 8; 136/2012, de 19 de junio, FJ 5; 139/2016, de 21 de julio, FFJJ 8 a 10, 33/2017, de 1 de marzo, FJ 4; 63/2017, de 25 de mayo, FFJJ 4 y 5 y 64/2017, de 25 de mayo, FFJJ 3 y 4.

Sistema Nacional de Salud” y la necesidad de clarificar de forma “armonizada la condición de asegurado, a efectos de la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios”. Aunque el Tribunal alude expresamente al interés económico de limitación del gasto sanitario, sin embargo no menciona el principio de estabilidad presupuestaria, al que sí se refirió en la STC 139/2016.

- c’) Que el art. 3 LCCSNS, reformado por el art. 1 del Decreto-Ley 16/2012, que regula los conceptos nucleares de asegurado y de beneficiario del Sistema Nacional de Salud, como títulos jurídicos necesarios para ejercer el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, tiene carácter “básico” y “una clara vocación de exhaustividad”. Conforme a ello, el Tribunal declara de forma clara y tajante que las Comunidades Autónomas tienen que “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 art. 3 LCCSNS (...), 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 (...) con la administración sanitaria correspondiente mediante el pago de una contraprestación o cuota”. En definitiva, “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 (...) art. 3 LCCSNS”.

Como puede deducirse de las consideraciones anteriores, la mayoría del Pleno opta por una concepción “cualitativa” de las bases para la determinación del ámbito subjetivo del acceso a las prestaciones sanitarias, conforme a la cual y con una argumentación mínimamente fundamentada, impide a las Comunidades Autónomas ejercer en esta sub-materia de la sanidad su competencia de desarrollo normativo. Aseveración que no resulta del todo compatible con la utilización del instrumento

normativo bases-desarrollo en una materia de titularidad compartida y aunque el Tribunal trate de salvar la incompatibilidad acudiendo al argumento de que la legislación básica puede colmar el ámbito normativo de un subsector de la materia de sanidad³⁰³.

3^a) De acuerdo con la doctrina fijada anteriormente sobre el sistema de distribución de competencias en materia de sanidad, el Tribunal, en el FJ 6, examina los preceptos impugnados del Decreto 114/2012 para comprobar si la Comunidad Autónoma ha invadido o no la competencia que el art. 149.1.16 CE atribuye al Estado y que ha sido delimitada en su legislación básica (art. 3 LCCSNS).

- a) El Tribunal declara, en primer lugar, que la determinación de la condición de asegurado y beneficiario del sistema sanitario público del art. 3 LCCSNS “cumple la doble exigencia de ser formal y materialmente básica”, ya que está recogida en una norma con rango de ley y tal determinación se ha considerado materialmente básica por la doctrina del Tribunal.
- b) En segundo lugar, el Tribunal contrasta el contenido del art. 2, apartados 2º y 3º, de la norma reglamentaria vasca, que reconoce el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias a una serie de colectivos con el de la norma básica estatal, el art. 3 LCCSNS, que no identifica a dichos colectivos como asegurados o beneficiarios.

³⁰³ MONTILLA MARTOS, José A., “La doctrina del Tribunal sobre las bases. Competencias cada vez menos compartidas”, *Blog de la Revista catalana de dret públic*, enero de 2018, disponible en: <http://leapc-rcdp.blog.gencat.cat/2018/01/31/la-doctrina-del-tribunal-sobre-las-bases-competencias-cada-vez-menos-compartidas-jose-antonio-montilla-martos/>, critica también la interpretación realizada, en esta sentencia, por el Tribunal sobre las bases del Estado, ya que suponen “una absoluta deferencia a la norma básica estatal”, consagrando una práctica en la que el “legislador estatal decide agotar la regulación de la materia y el Tribunal Constitucional simplemente constata que así lo ha hecho para declarar inconstitucional cualquier desarrollo normativo autonómico”. El profesor Montilla aboga también, en este trabajo, por una recuperación “del sentido natural de las bases” en virtud del cual el “Estado establece el mínimo común normativo a través de una ley, salvo excepciones”, y las Comunidades Autónomas acometen políticas propias ejerciendo su facultad de desarrollo normativo.

De esta comparación puede comprobarse, por un lado, que el art. 2.2 del decreto vasco otorga indefinidamente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias a las personas que no teniendo la condición de asegurado o de beneficiario, hubieran dispuesto de tarjeta sanitaria emitida por la Comunidad Autónoma del País Vasco antes de la entrada en vigor del Decreto ley 16/2012; mientras que esta norma, en su Disposición transitoria primaria, lo limita temporalmente hasta el 31 de agosto de 2012. Ante esta contradicción manifiesta de la norma vasca con la norma básica estatal, procede declarar su inconstitucionalidad y nulidad.

Por otro lado, en lo que respecta al art. 2.3 del decreto vasco, que especifica los requisitos necesarios para que las personas anteriores puedan acceder a la asistencia sanitaria, puede constatarse también que no se corresponden con los contemplados en el art. 3 LCCSNS. Por ello, por existir una clara y efectiva contradicción entre la norma estatal y la autonómica, debe estimarse el conflicto y declararse también la inconstitucionalidad y nulidad del art. 2.3 del Decreto 114/2012.

Como consecuencia de la conexión que existe entre los apartados 2º y 3º del art. 2 de la norma vasca con otros preceptos que han sido igualmente impugnados, los arts. 1, 3, 4 y 5 y un inciso de la Disposición final primera, el Tribunal declarará también a estos últimos inconstitucionales y nulos. El art. 1, porque identifica como objeto del decreto vasco regular el acceso a las prestaciones sanitarias, en el ámbito del País Vasco, de las “personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo”. De este modo, al ampliar la norma autonómica el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias y extenderlo a colectivos de personas no contemplados en la norma estatal, concurre también una evidente contradicción normativa que lleva al Tribunal a declarar su inconstitucionalidad y nulidad. Los arts. 3, 4 y 5 del Decreto 114/2012 son declarados igualmente inconstitucionales y nulos, porque regulan, respectivamente, la extensión del acceso a las prestaciones sanitarias, el reconocimiento de dicho derecho y el título identificativo co-

rrespondiente a las personas mencionadas en los apartados 2º y 3º del art. 2 de la norma vasca. Por último, se declara también inconstitucional el inciso de la Disposición final primera: “para dictar las disposiciones precisas para la emisión del documento identificativo previsto en el artículo 5 y”.

Contra la sentencia se formulan dos votos particulares: uno presentado por los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré, Cándido Conde-Pumpido Tourón, Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada María Luisa Balaguer Callejón y otro por el magistrado Antonio Narváez Rodríguez, que ha sido, además, ponente de la sentencia. En ellos se contienen discrepancias sobre el criterio de la mayoría del Pleno, algunas de las cuales ya se habían expresado en votos particulares presentados a otras resoluciones anteriores.

- a) Mantienen la concepción de las bases como nivel mínimo de las prestaciones sanitarias públicas, cuya fijación compete al Estado ex art. 149. 1.16 CE, que es susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos territoriales, siempre que se respete el principio de solidaridad y dispongan aquellas de financiación propia (apartado 2).
- b) Introducen una idea interesante, que hasta ahora ha sido meramente esbozada en la jurisprudencia, cuando afirman que en “la tarea interpretativa de las normas competenciales establecidas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, y por imperativo del criterio de unidad de la Constitución”, el Tribunal debió haber interpretado los títulos competenciales confrontados en relación con el mandato proclamado en el art. 43 CE de protección de la salud (apartado 2).
- c) Consideran también que el Tribunal debiera haber acudido a los argumentos expuestos en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, FJ 4, que resuelve el incidente de suspensión del Decreto vasco 114/2012, lo que le hubiere llevado a una desestimación del conflicto competencial.
- d) Admiten que el Tribunal acude inicialmente (en el FJ 4) a la concepción de las bases estatales como un mínimo común uniforme susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas, pero que, posteriormente, cuando pasa a contrastar la norma vasca con la legislación básica estatal, “abandona la senda emprendida

para convertir la legislación básica en un muro rígido e infranqueable, que impide por completo el despliegue de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo” (apartado 3).

- e) En definitiva, para los magistrados disidentes, el Decreto vasco 114/2012 constituye “un ejercicio plenamente legítimo de la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma del País Vasco por el artículo 18.1 EAPV”, que “permite a la Comunidad Autónoma tanto ampliar el ámbito subjetivo de la cobertura sanitaria en el ámbito del Sistema Nacional de Salud como mejorar las condiciones de cofinanciación o copago de la prestación farmacéutica ambulatoria” (apartado 4)³⁰⁴.

El magistrado Antonio Narváez, en su Voto particular, considera también que la Comunidad Autónoma vasca tenía capacidad para ampliar el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias, ya que la doctrina constitucional sobre la concepción de las bases de la sanidad como un mínimo susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas, que está consolidada en el ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, tendría que haberse aplicado igualmente a su ámbito subjetivo. En este sentido, el magistrado discrepa del criterio adoptado por la mayoría del Pleno acerca del alcance de la competencia estatal sobre las bases de la sanidad, ya que estas no pueden excluir la capacidad de las Comunidades Autónomas de mejorar o ampliar el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias fijado como mínimo

³⁰⁴ Los magistrados Valdés Dal-Ré, Conde-Pumpido, Xiol Ríos y Balaguer Callejón concluyen también su Voto particular con una reflexión general al interrogarse si la vía informal que han emprendido algunas Comunidades Autónomas (mediante “opciones políticas extremas y camufladas de carácter indirecto e informal, al estilo del dictado de instrucciones a los centros sanitarios”) para reaccionar contra la reforma del Decreto-ley 16/2012 “de mejora de la legislación básica en materia de sanidad ¿constituye el único recurso del que pueden disponer las Comunidades Autónomas para procurar combatir la exclusión social derivada de una política restrictiva y centralizadora en materia sanitaria que, además y a nuestro juicio, resulta de todo punto incompatible con el concepto constitucional de bases tal y como el mismo ha sido acuñado por este Tribunal? Una respuesta afirmativa, que es la que de manera silente ha venido a validar la sentencia de nuestra discrepancia, no solo confronta con la cláusula social enunciada en el artículo 1.1 de nuestro texto constitucional; adicionalmente cuestiona tanto el principio de seguridad jurídica, en su condición de pilar y motor del Estado de Derecho, como la estructura compleja de nuestro sistema político” (apartado 6).

por el Estado. Capacidad de mejora, continúa diciendo el magistrado Narváez, que está condicionada a que las Comunidades Autónomas cuenten con “suficiencia financiera (...) en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria (STC 99/2017, de 20 de julio, FJ 4)”. Este sería “un límite al ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida a la Comunidad Autónoma en esta materia y no propiamente de un límite a la titularidad de la misma”. Por ello, en opinión del magistrado Antonio Narváez, el art. 2 del decreto vasco respeta el mínimo común denominador exigido en las bases estatales cuando identifica quiénes son asegurados y beneficiarios del sistema³⁰⁵.

La doctrina fijada por el Tribunal en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, acerca de la naturaleza y alcance de la legislación básica sobre la determinación del ámbito subjetivo del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, será reiterada por el Tribunal en las SSTC 145/2017, de 14 de diciembre; 2/2018, de 11 de enero; 17/2018, de 22 de febrero y 18/2018, de 22 de febrero, que resuelven, respectivamente, los recursos de inconstitucionalidad presentados contra el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat Valenciana³⁰⁶; la Ley 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias

³⁰⁵ El magistrado Narváez concluye también su Voto particular con una reflexión general, al reconocer que la norma vasca responde además a la realidad social del año 2017, en que la mayoría de las Comunidades Autónomas —de *iure* o de *facto*— “han ido configurando, de modo progresivo, un sistema de prestación asistencial que ha venido a extender el ámbito subjetivo de cobertura a sectores desfavorecidos de la comunidad social, hasta el punto de ampliar la efectividad del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias a colectivos de personas que, conforme a la normativa básica estatal, no podrían recibirla”.

³⁰⁶ Cfr. la STC 145/2017, de 14 de diciembre, FJ 2, que declara inconstitucional y nulo el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, al haber ampliado la cobertura sanitaria en el ámbito subjetivo de las prestaciones sin estar contemplada en la normativa básica estatal (el art. 3 LCCSNS). El razonamiento seguido por el Tribunal es el mismo que el utilizado en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, FFJJ 3 a 6, al abordarse un problema competencial muy similar. Contra la sentencia se formulan dos Votos particulares, uno presentado por los magistrados Valdés Dal-Ré, Xiol Ríos, Conde-Pumpido Tourón y Balaguer Callejón, remitiéndose a las razones expuestas en el Voto particular presentado contra la STC 134/2017, de 16 de noviembre. El segundo Voto particular, del magistrado Narváez Rodríguez, se remite también a lo manifestado en el Voto particular presentado contra la STC 134/2017, de 16 de noviembre.

contra la exclusión social, de Extremadura³⁰⁷ y la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra³⁰⁸; así como el conflicto de competencia planteado contra el Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, por el que se establecen el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asis-

³⁰⁷ Vid. la STC 2/2018, de 11 de enero, FJ 3, que declara, en lo que aquí interesa, la inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 2, apartado a), 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y Disposición adicional primera de la Ley extremeña 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social. Al tratarse de un problema competencial ya resuelto en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, FFJJ 3 a 6, el Tribunal se remite a la doctrina establecida en dicha decisión, que se reitera, además, en la STC 145/2017, de 14 de diciembre, FJ 2. Contra la sentencia se formulan también dos Votos particulares, uno presentado por los magistrados Valdés Dal-Ré, Xiol Ríos, Conde-Pumpido Tourón y Balaguer Callejón, que se remiten a las razones expuestas en el Voto particular, presentado contra la STC 134/2017, de 16 de noviembre. El segundo Voto particular, el del magistrado Narváez Rodríguez, se remite igualmente a lo expresado en el Voto particular contra la STC 134/2017, de 16 de noviembre.

³⁰⁸ Cfr. la STC 17/2018, de 22 de febrero, FJ 4, que declara la inconstitucionalidad y nulidad de la totalidad de la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero (el artículo único y la Disposición adicional y, como complementarias de las normas anteriores, las Disposiciones derogatoria y final). Al estar ante un problema competencial idéntico al resuelto en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, FFJJ 3 a 6, el Tribunal se remite a la doctrina fijada en dicha decisión, que se reitera, además, en las citadas SSTC 145/2017, de 14 de diciembre, FJ 2 y 2/2018, de 11 de enero, FJ 3. Asimismo, el Tribunal pone de manifiesto que al extender la ley foral “la cobertura sanitaria de los titulares de tarjeta sanitaria individual del Sistema Nacional de Salud a todas aquellas personas que acrediten, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno en Navarra”, resulta claramente incompatible con la regulación estatal, con lo dispuesto en el art. 3 bis LCCSNS. Contra la sentencia se formulan también dos Votos particulares, uno presentado por los magistrados Valdés Dal-Ré, Xiol Ríos, Conde-Pumpido Tourón y Balaguer Callejón, que se remiten a las razones expuestas en el Voto particular presentado contra la STC 134/2017, de 16 de noviembre. El segundo Voto particular, el del magistrado Narváez Rodríguez, se remite asimismo a lo expresado en el Voto particular presentado contra la STC 134/2017, de 16 de noviembre.

tencia Sanitaria Pública en la Comunidad Foral de Navarra³⁰⁹. Previsiblemente el Tribunal Constitucional hubiese adoptado la misma doctrina en la sentencia que hubiese dictado para resolver el recurso de inconstitucionalidad presentado contra determinados preceptos de la Ley 9/2017, de 27 de junio, de universalización de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos mediante el Servicio Catalán de la Salud. Sin embargo, el Tribunal no ha llegado a pronunciarse sobre él, al haber desistido del proceso el Gobierno y haberse admitido el desistimiento por ATC de 16 de octubre de 2018.

³⁰⁹ *Vid.* la STC 18/2018, de 22 de febrero, FFJJ 3 y 4, que declara, en lo que aquí interesa, la inconstitucionalidad y nulidad del artículo único, apartados 1º y 2º del Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, así como de sus Disposiciones adicionales primera y segunda; transitorias primera y segunda y derogatoria única, que son preceptos instrumentales de los que se habían recurrido con carácter principal. Al tratarse de un problema competencial ya resuelto en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, FFJJ 3 a 6, el Tribunal se remite a la doctrina establecida en dicha decisión, que se reitera, además, en las citadas SSTC 145/2017, de 14 de diciembre, FJ 2; 2/2018, de 11 de enero, FJ 3 y 17/2018, de 22 de febrero, FJ 4. Contra la sentencia formulan también dos Votos particulares, uno presentado por los magistrados Valdés Dal-Ré, Xiol Ríos, Conde-Pumpido Tourón y Balaguer Callejón, que se remiten a las razones expuestas en el Voto particular presentado contra la STC 134/2017, de 16 de noviembre. Otro, el del magistrado Narváez Rodríguez, que se remite igualmente a lo expresado en el Voto particular presentado contra la STC 134/2017, de 16 de noviembre.

V. A modo de conclusión

1^a. El régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España ha sufrido diferentes vicisitudes a lo largo de estos años. Un cambio radical tuvo lugar con el art. 12.1 LODYLE que, inspirándose en un modelo de sanidad universal, atribuía su titularidad, en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros que se encontraran en España, siempre que estuviesen empadronados. Los apartados 3^o y 4^o del art. 12 LODYLE, basados también en la universalidad y el carácter asistencial de la atención sanitaria, extendían el derecho a colectivos especialmente vulnerables de extranjeros como los menores y las mujeres embarazadas que se hallaren en España, con independencia de su situación administrativa. A consecuencia de la crisis económica en la que se halla inmersa España a partir de 2008, el Gobierno aprueba el Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que modifica nuevamente, esta vez de forma regresiva, el régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Así, con la finalidad de garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, se introduce, entre otras medidas, una nueva regulación de la condición de asegurado y beneficiario (art. 3.1 y 2 LCCSNS, modificado por el Decreto-ley 16/2012). La norma vincula expresamente el derecho a la atención sanitaria pública bonificada con el sistema contributivo de la Seguridad Social, quedando fuera de la sanidad pública, entre otros colectivos, el de los extranjeros sin permiso de residencia —aunque estuviesen empadronados—, salvo los supuestos especiales del art. 3 ter LCCSNS (atención en urgencias, menores y mujeres embarazadas).

El art. 3.5 LCCSNS, reformado por el Decreto-ley 16/2012 y desarrollado por el Decreto 576/2013, de 26 de julio, prevé la posibilidad de suscribir un convenio especial por aquellas personas que no tuvieran la condición de asegurado o de beneficiario, previo pago de una contraprestación económica y sin modulación alguna por razones de renta. Al convenio especial pueden adherirse los extranjeros en situación administrativa irregular si acreditan la residencia efectiva por un año en España mediante otros medios que no sea el permiso de residencia. Resulta sorprendente que para que las personas excluidas del sistema sanitario público por motivos económicos, puedan acceder

nuevamente a él, se pase de un régimen normativo, definido por la ley y el reglamento, a un régimen convencional basado en un convenio especial de asistencia sanitaria (que no comprende todas las prestaciones sanitarias). Eso sí, previo cumplimiento de ciertos requisitos, como el abono de una cuota económica, cuya satisfacción será difícil para el colectivo vulnerable de los inmigrantes en situación irregular. De ahí que estas personas apenas hayan contratado este tipo de convenios, ya que cuando precisan asistencia sanitaria acuden, sin más, a las urgencias hospitalarias. Atención en urgencias que resulta más costosa para las arcas del Estado que si se dispensara a través de la atención primaria y especializada.

2ª. Con independencia de que la reforma sanitaria de 2012 se llevara a cabo por la legislación de urgencia y no por el más adecuado procedimiento legislativo ordinario o de urgencia, determinados preceptos del Decreto-ley 16/2012 fueron impugnados ante el Tribunal Constitucional por algunas Comunidades Autónomas (Asturias, Andalucía, Cataluña, País Vasco, Canarias y Navarra). Esta fue una forma de reacción de algunas de estas entidades contra el Decreto-ley 16/2012, junto con la aprobación de normas de distinta tipología (leyes, decretos o instrucciones generales), que otorgaban a los extranjeros sin autorización de residencia las prestaciones del servicio de salud autonómico en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. Aunque condicionado al cumplimiento de determinados requisitos. Contra algunas de estas normas autonómicas (del País Vasco, Navarra, Valencia y Extremadura), el Gobierno de la nación presentó también un recurso de inconstitucionalidad o un conflicto de competencia por contradecir algunos preceptos del Decreto-ley 16/2012, que son normas básicas del Estado. Particularmente los que regulaban la condición de asegurado o de beneficiario del sistema sanitario público, en cuanto que identificaban el ámbito subjetivo del derecho a la protección de la salud.

De los diversos recursos de inconstitucionalidad presentados por las Comunidades Autónomas contra el Decreto-ley 16/2012, nos hemos detenido en el interpuesto por el Parlamento de Navarra, que ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional en la STC 139/2016, de 21 de julio. En esta decisión, el Tribunal no estima ninguna de las impugnaciones formuladas por el Parlamento foral, ni las relacionadas con los requisitos y límites del decreto-ley previstos en el art. 86.1 CE,

ni las relativas a las cuestiones sustanciales como las que afectan al ámbito subjetivo y objetivo del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE³¹⁰.

Por lo que se refiere a la concurrencia del requisito del presupuesto de hecho habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad del art. 86.1 CE, el Tribunal Constitucional, continuando con la interpretación flexible que ha realizado del presupuesto legitimador del decreto-ley, considera que el Gobierno no solo aporta razones explícitas y suficientes que justifican la extraordinaria y urgente necesidad, sino que admite también la existencia de una conexión de sentido entre la situación definida y las medidas adoptadas en la norma. Discrepamos de esta tesis y entendemos que el Gobierno, tanto en la exposición de motivos como en el debate de convalidación de la norma examinada, aportó un razonamiento escueto, vago, general e insuficiente. Argumentación basada exclusivamente en razones ligadas a la crisis económica, pero sin la motivación suficiente; sobre todo, respecto de la medida que excluye de la atención sanitaria pública a los extranjeros sin permiso de residencia.

En relación a otra de las cuestiones impugnadas sobre el art. 86.1 CE, si algunos de los artículos del Decreto-ley 16/2012 han excedido el límite material de afectación a los derechos del Título I de la CE, el Tribunal, continuando con la interpretación restrictiva que ha venido realizando de dicha cláusula, considera que el art. 1.1 y 2 del Decreto-ley 16/2012 no infringe los límites materiales del decreto-ley por afectar al derecho a la protección de la salud del art. 43 CE. La razón principal estriba en que este precepto tiene naturaleza de principio rector y no de derecho subjetivo. Tampoco aquí compartimos la opinión mayoritaria del Tribunal. Coincidimos, por el contrario, con lo expresado por el magistrado Valdés Dal-Ré en su Voto particular, cuando afirma que el Tribunal cambia una doctrina anterior sobre los derechos sociales sin motivación alguna. Y es que, hasta entonces, la cláusula de no afectación a los derechos del Título I de la CE no se ha-

³¹⁰ Según se ha dicho, el Tribunal solamente estima una de las quejas de la parte recurrente: que la identificación de las personas que tienen derecho a la asistencia sanitaria pública no puede determinarse por remisión a una norma reglamentaria, como hace el art. 3.3 LCCSNS que, por este motivo, por ser contrario a la reserva de ley del art. 43.2 CE, se declara inconstitucional y nulo (FJ 9).

bía limitado exclusivamente a los derechos del capítulo II del Título I, con exclusión de los principios rectores del capítulo III. Por otro lado, estimamos que el derecho a la protección de la salud no puede quedar excluido de la prohibición de afectación a los derechos y deberes del Título I CE por su ubicación sistemática en el Título I de la CE, por su naturaleza de principio rector, sino que ha de tenerse en cuenta la conexión de este derecho “no fundamental” con otros que sí tienen esta condición, como el derecho a la vida e integridad física del art. 15 CE. A ello ha de añadirse, en contra de lo manifestado en la STC 139/2016, que el Decreto-ley 16/2012 no respeta tampoco la prohibición de regular los elementos esenciales del derecho del art. 43 CE, ya que, como se dice en su preámbulo, pretende afrontar una reforma “estructural” del sistema sanitario público, modificando algunos de sus elementos nucleares como los ámbitos subjetivo y objetivo del derecho protegido.

En lo que concierne a la cuestión sustancial de la posible vulneración del derecho a la protección de la salud por aquellos preceptos del Decreto-ley 16/2012 que, al regular la condición de asegurado y beneficiario del Sistema Nacional de Salud, dejan fuera a los extranjeros en situación irregular, el Tribunal Constitucional, en la STC 139/2016, responde de forma negativa. Para el Tribunal no existe infracción del derecho del art. 43 CE, en relación con el art. 13 CE, porque estamos ante un derecho prestacional, ante un derecho de configuración legal, que puede ser modulado por el legislador en su aplicación a los extranjeros. El legislador de urgencia, dentro del amplio margen de actuación de que dispone, limita el derecho de asistencia sanitaria pública a los extranjeros sin permiso de residencia, adoptando una opción lícita, no arbitraria, pues mediante ella se preservan otros bienes o intereses constitucionales, como el mantenimiento y la sostenibilidad del sistema sanitario público. Discrepamos, sin embargo, de esta opinión y coincidimos también con lo manifestado en el Voto particular de la sentencia, cuando reconoce que el Tribunal debió de relacionar el derecho a la protección de la salud con otros derechos fundamentales, como así lo había hecho en decisiones anteriores, acudiendo incluso a la jurisprudencia de tribunales extranjeros en la interpretación de normas de tratados internacionales. Por otro lado, al estar ante una medida limitadora de un derecho claramente regresiva, el Tribunal no aporta una motivación suficiente que explique de forma detalla-

da las razones de la reversibilidad, ignorando lo previsto en tratados internacionales sobre derechos humanos y las resoluciones de sus máximos organismos interpretadores. Asimismo, el Tribunal pasa de refilón por la teoría de los límites de los derechos, particularmente a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad, al que apenas dedica unas líneas. Compartimos asimismo lo expresado en el Voto particular cuando afirma que la medida limitadora no es proporcional al fin perseguido, la sostenibilidad financiera del sistema público sanitario, porque, además de no aportar una motivación reforzada, se deja fuera del sistema a un colectivo humano especialmente vulnerable, a un grupo de personas en clara situación de exclusión social, con riesgo para su salud e integridad física.

3^a. Con la aprobación de la moción de censura por el Congreso de los Diputados, el 1 de junio de 2018, una de las primeras medidas que adopta el nuevo Gobierno es aprobar el Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, que modifica otra vez algunos preceptos de la LCCSNS. Tal y como se dice en su exposición de motivos y en la sesión de convalidación del Congreso, el objetivo de la norma es atribuir la titularidad del derecho de asistencia sanitaria a todas las personas, basándose en la condición de “ciudadano” residente en el territorio español y no en la de “asegurado”. El Decreto-ley 7/2018 pretende también, en aras de la equidad y la seguridad jurídica, armonizar y homogeneizar las diferentes actuaciones normativas que habían llevado a cabo las Comunidades Autónomas para extender la atención sanitaria a las personas excluidas por el Decreto-ley 16/2012, en particular a los extranjeros en situación administrativa irregular. Sin embargo, la consecución de estos objetivos no será fácil ante la imprecisión y ambigüedad con la que aparecen redactados algunos de los preceptos del Decreto-ley 7/2018.

Es cierto que la reforma introducida por el Decreto-ley 7/2018 constituye un paso importante hacia un modelo de sanidad universal, pero también que los artículos modificados de la LCCSNS que regulan el derecho a la atención sanitaria pública, condicionan su ejercicio al cumplimiento de ciertos requisitos que pueden interpretarse, no solo como prevenciones dirigidas a evitar un ejercicio indebido del derecho, sino también como condiciones que pueden limitarlo. Así sucede, por ejemplo, en relación a los extranjeros residentes legalmente,

con la interpretación de qué documentos tienen que presentar para probar que no se tiene la obligación de acreditar la cobertura obligatoria sanitaria por otra vía (art. 3.2 LCCSNS).

El Decreto-ley 7/2018 modifica ampliamente el art. 3 ter LCCSNS, para devolver la atención sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros que se encuentren en España sin permiso de residencia. Sin embargo, el apartado 2º de este precepto condiciona igualmente el ejercicio del derecho al cumplimiento de determinados requisitos que, por su redacción imprecisa, pueden dar lugar también a una interpretación restrictiva o excluyente de él. Así ocurre, por ejemplo, con la obligación de obtener determinados documentos o certificados —de difícil o imposible consecución para los extranjeros en situación irregular— para acreditar que no se tiene la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, o que no se puede exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen (art. 3.ter.2 LCCSNS).

La reforma del Decreto-ley 7/2018 ha suprimido del art. 3 ter LCCSNS la atención sanitaria pública a colectivos de extranjeros especialmente vulnerables, como los que precisan asistencia en urgencias por enfermedad grave o accidente; las mujeres embarazadas, durante el embarazo, el parto y el postparto y los menores de dieciocho años. Consideramos que, ante los requisitos restrictivos establecidos en el art. 3.ter.2 LCCSNS para hacer efectivo el ejercicio del derecho, debería de incluirse en dicho precepto (y no en una norma reglamentaria) un apartado que blinde legalmente la atención sanitaria a los extranjeros en los casos especiales referidos, así como a las personas solicitantes de protección internacional y a las víctimas de trata de seres humanos cuya permanencia y estancia en España hayan sido autorizadas por estos motivos.

El art. 3.ter.4 LCCSNS, en su segundo inciso, contiene una norma imprecisa, ambigua y ubicada en un precepto inadecuado, ya que se refiere a personas extranjeras que se encuentran en situación de estancia temporal, mientras que el art. 3 ter LCCSNS versa sobre extranjeros en situación administrativa irregular. Algunas Comunidades Autónomas están interpretando esta norma para denegar la atención sanitaria a personas que se hallan en situación irregular desde que llegaron al territorio español y no pueden acreditar por medio de pa-

saporte o de inscripción en el padrón municipal al menos noventa días de estancia en España.

4ª. La reforma de la LCCSNS por el Decreto-ley 16/2012, por la que se priva a los extranjeros en situación irregular de la tarjeta sanitaria y, por tanto, del acceso a la atención primaria y especializada, dio lugar a una reacción diferente por parte de las Comunidades Autónomas en la aplicación y desarrollo del Decreto-ley 16/2012. En función de cómo ha sido esta reacción hemos distinguido tres grupos de Comunidades Autónomas.

Un primer grupo estaría compuesto por aquellas entidades cuyos Gobiernos aplicaron de forma estricta el Decreto-ley 16/2012, retirando la tarjeta sanitaria a los extranjeros sin permiso de residencia aunque estuvieren empadronados y careciesen de recursos. Ahora bien, no todas actuaron de igual modo, ya que algunas de ellas, mediante normas reglamentarias, adoptaron ciertas medidas para facilitar atención sanitaria a este colectivo en determinados casos como los de enfermedades de salud pública o de salud mental (Madrid, Islas Baleares, Murcia y Castilla y León); o acudiendo a fórmulas excepcionales como las de expedir la factura correspondiente por la prestación de la asistencia sanitaria y clasificarla contablemente como factura impagada al no ser abonada por los inmigrantes (Castilla y León y Valencia). Existen también otras Comunidades Autónomas que aprobarán posteriormente instrucciones que contienen programas de salud pública o de acción social (Aragón, Cantabria, o Extremadura en 2013), facilitando a los extranjeros sin autorización de residencia una cobertura sanitaria más amplia, aunque condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos. Sin embargo, a pesar de la adopción de estas medidas, pasados algunos años desde la aprobación del Decreto-ley 16/2012, diferentes organizaciones e instituciones, entre ellas el Defensor del Pueblo, continúan denunciando casos de desatención sanitaria a extranjeros menores o a extranjeras embarazadas; o casos de facturación y de exigencia de compromisos previos de pago por atención en urgencias a extranjeros mayores de edad o a mujeres extranjeras en el parto.

Existe un segundo grupo de Comunidades Autónomas que no aplicaron en su integridad el Decreto-ley 16/2012, facilitando la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular en las mismas

condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. Así, mediante normas de diversa tipología (instrucciones, decretos e incluso por ley) se amplía subjetiva y objetivamente la atención sanitaria prevista en la norma básica, previo cumplimiento de determinados requisitos como el carecer de otro sistema de cobertura sanitaria, estar empadronado por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma y no superar una cuantía de ingresos determinada. En este grupo se incluyen Asturias, Andalucía, Cataluña y País Vasco. A él se sumará posteriormente Navarra. Estas Comunidades Autónomas, como se ha dicho, reaccionaron también frente al Decreto-ley 16/2012 presentando un recurso de inconstitucionalidad contra algunos de sus preceptos, desoyendo lo previsto en el Decreto-ley 16/2012.

Un tercer grupo comprende aquellas Comunidades Autónomas que, basándose en la competencia exclusiva que tienen en materia de asistencia social y servicios sociales, aprobaron normas por las que crearon programas sanitarios de salud pública o de acción social orientados a prestar la asistencia sanitaria a los extranjeros sin permiso de residencia en supuestos de enfermedades crónicas o infecto-contagiosas. En este grupo se incluyen Comunidades Autónomas como Galicia, Aragón, Canarias, Valencia, Cantabria o Extremadura, a las que se sumaron en 2015 Murcia y La Rioja. Para que los extranjeros no autorizados a residir en España puedan acogerse a dichos programas y recibir la correspondiente atención sanitaria, las normas que los regulan exigen también el cumplimiento de determinadas condiciones.

Tras la celebración de las elecciones autonómicas de mayo de 2015, los nuevos Gobiernos que se forman en algunas Comunidades Autónomas aprueban también diversos tipos normas que amplían y refuerzan la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular. Algunas de ellas lo hacen publicando normas que crean programas de salud pública o de acción social, o que modifican los requisitos de los ya creados para extender los ámbitos subjetivo y objetivo de la asistencia sanitaria a dichas personas (Canarias, Aragón, Murcia o La Rioja). Sin embargo, otras Comunidades Autónomas (Valencia, Extremadura, Islas Baleares, Cantabria, Castilla-la Mancha y Madrid) aprueban nuevas normas sobre las condiciones de acceso al sistema sanitario público autonómico, ampliando la atención sanitaria (pri-

maria y especializada) a los extranjeros sin permiso de residencia en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. Si bien condicionan la prestación sanitaria al cumplimiento previo de determinados requisitos que varían de una Comunidad a otra. La aprobación de esas normas se basa en la competencia exclusiva que les atribuye el Estatuto de Autonomía en materias de “asistencia social”, “bienestar social”, “salud pública” o promoción de grupos sociales desfavorecidos o especialmente vulnerables; así como también en el reconocimiento estatutario de la protección de la salud como un derecho o un principio de carácter universal.

Ante la dispersión normativa existente sobre la atención sanitaria a los extranjeros en situación irregular, los problemas de desigualdad e inseguridad generados por la aplicación de las diferentes normas vigentes en cada Comunidad Autónoma y la complejidad en la gestión del sistema sanitario público, el Gobierno de la nación, a través del Ministerio de Sanidad, entregó, en septiembre de 2015, a las Comunidades Autónomas un documento con el fin de conseguir un acuerdo sobre unos criterios mínimos para incluir a los extranjeros sin permiso de residencia y sin recursos económicos en unos programas autonómicos de asistencia social y sanitaria. El Gobierno pretendía coordinar y armonizar “los diferentes programas, requisitos y procedimientos” con el objetivo de prestar a dicho colectivo una atención sanitaria homogénea. Cumplidas las condiciones requeridas para acceder a los programas, se entregaría a esas personas “un documento” que acreditase su derecho a la asistencia sanitaria, aunque solo tendría validez en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma en que residieran. A pesar del esfuerzo realizado por el Gobierno para dotar de cierta homogeneidad a la diversa normativa autonómica, todavía quedaban barreras geográficas, económicas y administrativas para facilitar la atención sanitaria al colectivo de los extranjeros sin autorización de residencia. De ahí que el documento gubernamental no fuera acogido por la mayoría de los representantes de las Comunidades Autónomas.

Uno de los objetivos del Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, es poner fin a la situación de heterogeneidad normativa caracterizada por la existencia de normas autonómicas de diverso y desigual contenido en la regulación de los requisitos necesarios para acceder a la asistencia sanitaria por los extranjeros en situación irregular (empadronamiento, recur-

sos económicos, prestaciones sanitarias..). La LCCSNS, reformada por el Decreto-ley 7/2018, es una ley básica aprobada por el Estado al amparo de la competencia del art. 148.1.16 CE, cuyo desarrollo y ejecución corresponde a las Comunidades Autónomas. Estas tienen que modificar las normas aprobadas anteriormente —si no han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional o ilegales por los tribunales ordinarios—, o aprobar otras nuevas para adecuarlas al contenido del art. 3 ter LCCSNS. Ha de tenerse en cuenta que la norma estatal atribuye ahora el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros sin permiso de residencia en las mismas condiciones que los españoles, sin exigir expresamente el empadronamiento en un municipio; ni fijar un periodo de tiempo de residencia en España; ni establecer un nivel máximo de renta. Sin embargo, al cederse a las Comunidades Autónomas la competencia para regular la solicitud y expedición de un documento certificativo que identifique a los extranjeros no residentes legalmente para acceder a la atención sanitaria pública, existe el riesgo de que se condicione el ejercicio del derecho a una interpretación restrictiva de los requisitos establecidos en el art. 3.ter.2 LCCSNS, o a que se introduzcan otros. Ahora bien, ello daría lugar, otra vez, a una regulación diversa y desigual del derecho, poniendo en entredicho el objetivo de la reforma del Decreto-ley 7/2018, de homogeneizar y armonizar la fragmentada normativa autonómica.

Las prestaciones sanitarias a las que pueden acceder los extranjeros en situación irregular serán las mismas que las establecidas para los españoles en las carteras que conforman la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, más la cartera de servicios complementaria de la Comunidad Autónoma en la que residan. Con dos singularidades, una relativa a la prestación farmacéutica ambulatoria, al tener que abonar el 40% del precio de los medicamentos, sin haberse fijado un porcentaje inferior de copago para las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad socioeconómica (art. 102.5.e) de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios). Otra singularidad es la contenida en la extraña y sorprendente Disposición final segunda del Decreto-ley 7/2018. Esta norma establece que para que los extranjeros no residentes legalmente en España puedan acceder a la lista de espera de trasplantes hay que esperar a que se dicte una orden ministerial, previo informe favorable del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en la

que se determinen los requisitos y el período mínimo para acceder a la lista de espera. Queda la duda de si la orden ministerial introducirá o no requisitos distintos a los previstos para los españoles y si se introducen, cómo se justificarán.

5ª. La regulación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria por el art. 3 LCCSNS, tras su reforma por el Decreto-ley 16/2012, originó una nueva controversia competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta llegaría al Tribunal Constitucional a través de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad o conflictos de competencia. Las Comunidades Autónomas invocaban la extralimitación de la legislación básica y la invasión de las competencias autonómicas de desarrollo normativo; el Gobierno de la nación el incumplimiento por las Comunidades Autónomas de la legislación básica (el art. 3 LCCSNS).

Se planteaba la interesante cuestión de si las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de la competencia de desarrollo y ejecución de las bases en materia sanitaria, podían modificarlas ampliando y mejorando la atención sanitaria de los extranjeros en situación irregular, aunque ello supusiera su incumplimiento.

El Tribunal Constitucional había establecido ya en algunas resoluciones (STC 98/2004 y 136/2012, de 19 de junio) que las decisiones en la materia sanitaria sobre quiénes deban ser los beneficiarios de las prestaciones sanitarias, cuáles sean estas y cómo se financien, corresponden al Estado ya que forman parte del núcleo de lo básico, mediante el cual se pretende garantizar una uniformidad mínima y un común denominador. Mínimo común estatal que podría ser mejorado por las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia material, de su autonomía financiera y con respeto al principio de solidaridad.

Frente a esta concepción “cuantitativa” de las bases, se abre camino otra de carácter “cualitativo”, en la que lo básico puede tener una identidad propia y reconocible que no tiene por qué ser cuantificable ni susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas. Lo básico actuaría aquí como un máximo, limitando e impidiendo la potestad legislativa autonómica de desarrollo³¹¹.

³¹¹ De acuerdo con lo manifestado en el Voto particular del magistrado Conde Marín de Hijas a la STC 98/2004 y con la posición del Abogado del Estado en las

El Tribunal, en los AATC 239/2012 y 54/2016, al resolver los incidentes de suspensión del Decreto vasco 114/2012, de 26 de junio y el Decreto-ley valenciano 3/2015, de 24 de julio, que ampliaban y mejoraban algunos de los contenidos del art. 3 LCCSNS, reconoce que las normas autonómicas no impiden o bloquean el ejercicio de la competencia del Estado, ni incumplen lo previsto en las bases estatales que definen los titulares del derecho a la asistencia sanitaria gratuita y el régimen de las prestaciones sanitarias (la farmacéutica).

La STC 139/2016, de 21 de julio, alude a un nuevo elemento que puede incidir en la colaboración normativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la materia examinada. Se trata del principio de estabilidad presupuestaria, sobre el que pueden fundamentarse restricciones a las competencias de las Comunidades Autónomas para ampliar las prestaciones sanitarias, limitándoles su autonomía financiera y su capacidad de gasto en la gestión de políticas propias, como la política sanitaria.

En la STC 63/2017, el Tribunal, basándose en la STC 136/2012, considera que el art. 3 LCCSNS, al definir el ámbito subjetivo de la atención sanitaria del sistema sanitario público, forma parte del núcleo de lo básico y que las Comunidades Autónomas han de ejercer la competencia compartida en materia sanitaria dentro del marco establecido por el legislador básico estatal. Sin embargo, el Tribunal elude pronunciarse sobre la cuestión planteada por el recurrente: si el restrictivo mínimo establecido por la legislación básica estatal puede ser ampliado y mejorado por el legislador autonómico. Compartimos la tesis del Voto particular formulado por varios magistrados cuando afirman que la decisión mayoritaria se basa en una aplicación mecánica y rígida de la doctrina fijada en la STC 136/2012, cuyo supuesto de hecho es, además, diferente al enjuiciado en la STC 63/2017, ya que empeoraba —no mejoraba— el mínimo común fijado en la legislación básica estatal. Coincidimos también con los magistrados discrepantes cuando entienden que, en el caso examinado, ha de aplicarse la doctrina fijada por el Tribunal, entre otras en la STC 98/2004, conforme

SSTC 64/2017 y 97/2017, cuando conecta el título competencial del art. 149.1.1 con el del art. 149.1.16 CE, aunque el Tribunal Constitucional considere que la competencia del art. 149.1.1 CE queda subsumida en la más específica del art. 149.1.16 CE.

a la cual el mínimo estatal fijado ahora en la legislación básica, que ha excluido de la cobertura sanitaria a determinados colectivos, es susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas, basándose para ello en los principios de autonomía y de unidad de la Constitución y en la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de sanidad.

6^a. En nuestro Estado autonómico, donde existen materias de titularidad compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como la sanidad, el instrumento de colaboración normativa entre ellos es la legislación básica-legislación de desarrollo. Mediante esta técnica normativa, el Estado fija las bases como mínimo común uniforme y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de políticas propias y con suficiencia financiera, las desarrollan, pudiendo existir una diversidad de normas autonómicas. Tanto en la determinación del ámbito objetivo (cartera de servicios y prestaciones sanitarias) como del ámbito subjetivo (titulares y beneficiarios) de la materia de la sanidad y del derecho a la asistencia sanitaria del art. 43 CE —que contiene también un mandato a los poderes públicos estatales y autonómicos de tutelar la salud mediante prestaciones y servicios—, el Estado no puede, mediante las bases, llevar a cabo una regulación minuciosa y detallada que agote y vacíe de contenido la competencia autonómica de desarrollo normativo. Ello desnaturalizaría la técnica de colaboración bases-desarrollo, convirtiéndolas, además, en un potente instrumento en manos del Estado para recentralizar algunas materias y facultades competenciales.

El legislador estatal, dentro de la amplia libertad de configuración que posee para establecer las condiciones de acceso al derecho a la atención sanitaria y a sus prestaciones, puede modificar la legislación básica existente (art. 3 LCCSNS) y reducir la titularidad del derecho, excluyendo como beneficiarios a determinados colectivos (los inmigrantes en situación irregular), o restringir determinadas prestaciones sanitarias o su financiación mediante un sistema de copago. Sin embargo, en nuestra opinión, el legislador estatal no podría, en la determinación de lo básico de la materia sanitaria y de la definición de los beneficiarios y de las prestaciones sanitarias, agotar su regulación e impedir a las Comunidades Autónomas la aprobación de normas de desarrollo que amplíen y mejoren el nivel mínimo común fijado en las bases estatales. Ello es inherente a nuestra forma de Estado social y

autonómico, en la que los parlamentos autonómicos, interpretando el mandato que el art. 43 CE dirige a los poderes públicos competentes, pueden adoptar políticas propias, siempre que respeten el mínimo común uniforme establecido por el Estado y los principios de suficiencia financiera, estabilidad presupuestaria y solidaridad.

7ª. No es esta la tesis que sigue la mayoría del Pleno del Tribunal, como puede deducirse de la STC 134/2017, de 16 de noviembre, que resuelve expresamente y, por primera vez, la cuestión acerca de la naturaleza y el alcance de la normativa básica sobre la determinación del ámbito subjetivo del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias. El Tribunal considera que mientras que para la determinación del ámbito objetivo del derecho es aplicable la concepción de las bases estatales como un mínimo común uniforme susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas, no lo es para la definición del ámbito subjetivo. En opinión de la mayoría del Pleno del Tribunal, este sería un “subsector de la materia sanitaria” cuyo espacio normativo puede ser agotado íntegramente por la legislación básica. Se basa para ello en la consecución de unos intereses determinados y justificados —como la racionalización del gasto sanitario en aras de la sostenibilidad del sistema sanitario público— y en la necesidad de clarificar de forma armonizada la condición de asegurado y beneficiario del sistema (FJ 5). Por estas consideraciones las Comunidades Autónomas no pueden ampliar el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias públicas más allá de los límites establecidos en la norma básica estatal (el art. 3 LCCSNS). En otras palabras, la legislación básica cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo de configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias distinto al establecido en las bases contenidas en el art. 3 LCCSNS, en el que se definen de forma exhaustiva las personas que pueden incorporarse a nuestro sistema de salud. El Tribunal opta así por una concepción “cualitativa” de las bases en la determinación del ámbito subjetivo del acceso a las prestaciones sanitarias.

En consecuencia, al aplicar esta doctrina del alcance de lo básico sobre la definición del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria, el Tribunal declara la inconstitucionalidad y nulidad, por vulnerar el sistema de distribución de competencias, de varios preceptos del Decreto vasco 114/2012, que extendían el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias a colectivos de personas que no estaban

contemplados en la norma básica, como los extranjeros en situación administrativa irregular.

Contra la sentencia se formulan dos votos particulares que disienten del criterio adoptado por la mayoría del Pleno. Algunas de las discrepancias ya habían sido expresadas en votos particulares de otras resoluciones anteriores. Compartimos la tesis expuesta por los magistrados disidentes sobre la concepción de las bases como un nivel mínimo de las prestaciones sanitarias públicas, cuya fijación compete al Estado ex art. 149. 1.16 CE, pero que es susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos territoriales, siempre que respeten el principio de solidaridad y dispongan de financiación propia. Del mismo modo que esta doctrina constitucional sobre la concepción de las bases de la sanidad está consolidada en el ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, tendría también que haberse aplicado al ámbito subjetivo. Con la posición adoptada por la mayoría del Pleno se ha convertido la legislación básica en “un muro rígido e infranqueable, que impide por completo el despliegue de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo”, haciendo que apenas existan diferencias sustanciales entre una competencia estatal sobre la legislación básica y una competencia legislativa exclusiva del Estado.

La doctrina fijada por el Tribunal en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, acerca de la naturaleza y el alcance de la legislación básica sobre la determinación del ámbito subjetivo del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, es reiterada por el Tribunal en decisiones posteriores como las SSTC 145/2017, de 14 de diciembre; 2/2018, de 11 de enero; 17/2018, de 22 de febrero y 18/2018, de 22 de febrero. Estas sentencias, que resuelven los recursos de inconstitucionalidad y el conflicto de competencia presentados en su día por el Presidente del Gobierno y el Gobierno de la nación, declaran la inconstitucionalidad y nulidad del Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat Valenciana (íntegramente); de la Ley 7/2016, de 21 de julio, medidas extraordinarias contra la exclusión social, de Extremadura (determinados preceptos); de la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra (íntegramente) y del Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, por el

que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, por el que se establecen el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad Foral de Navarra.

VI. Bibliografía

1. AUTORES

- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç y PRADO PÉREZ, Raquel, “Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del Estado del bienestar”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100, 2014.
- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç, “Padró municipal, dret a la protecció de dades i qualitat de les lleis: la resposta del Tribunal Constitucional una dècada després”, disponible en <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eaqc-rcdp/2013/04/23/padro-municipal-dret-a-la-proteccio-de-dades-i-qualitat-de-les-lleis-la-resposta-del-tribunal-constitucional-una-decada-despres-vicenc-aguado>
- AGUDO ZAMORA, Miguel, “La regla del diamante: diez propuestas de reforma constitucional para blindar los derechos sociales”. En Juan Cano Bueso y Rafael Escuredo Rodríguez (coords.) *Estudios en homenaje a Alfonso Guerra. La Constitución a examen: la reforma de la Constitución en España*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.
- AJA, Eliseo, “La política migratoria del Estado como marco de la actividad de las Comunidades Autónomas”. En Aja, E., Montilla, J.A. y Roig, E. (coords.). *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006.
- AJA, Eliseo, *Inmigración y Democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2012.
- ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel, “Estado social y protección de los más vulnerables: Constitución y nuevos derechos”. En Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada, (dirs.). *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- ALONSO SANZ, Lucía, *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- ALONSO TIMÓN, Antonio J., “Distribución constitucional de competencias y su incidencia en la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”. En Juan Francisco Pérez Gálvez (dir.), Francisco Javier López Fernández, Antonia Villegas Oliva (coords.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén, “Las prestaciones sanitarias en el Derecho de la Unión Europea Derecho y salud”, *Derecho y salud*, vol. 26, nº 1, 2016
- AÑÓN ROIG, María José., “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?” *Revista Derechos y Libertades*, 2016, nº 34.
- APARICIO TOVAR, Joaquín, “Derecho a la asistencia sanitaria”. En *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum ediciones, Murcia, 2016.
- APARICIO WILHELM, Marco, “Inmigración y crisis económica: la fragilidad de los derechos y su incidencia en las personas inmigradas”. En Miguel Presno

- Linera (coord.), *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado y la Cátedra de amparo de derechos y libertades, Oviedo, 2012, disponible en: http://www.procuradorageneral.es/catedra/libro_digital_procura.php
- APRELL LASAGABASTER, Concha, “El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto-ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 32, 2013.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016.
- ARBELÁEZ RUDAS, Mónica y GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes”. En Aja, Eliseo (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ARBELÁEZ RUDAS, Mónica, “La nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Comentarios sobre las modificaciones en la redacción del artículo 12 LODYLE”. En Boza Martínez, Diego, Donaire Villa, Francisco Javier y Moya, David (coords.), *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, “¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de delimitación de competencias?”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 23, 2016.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Derechos, principios y objetivos en los Estatutos de Autonomía reformados”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, nº 13, 2008
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “El requisito de “residencia” exigido a los extranjeros para el acceso a prestaciones y servicios públicos: su alcance a la luz de la doctrina del TC”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, 2015.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de derechos fundamentales”. En Pérez Gálvez, Juan Francisco y Barranco Vela, Rafael (coords.), *Derecho y salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Los logros de la descentralización sanitaria”. En Juan Pemán Gavín y Mario Kölling (eds.), *La descentralización sanitaria*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza 2012.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2012.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2014.
- BENLLOCH SANZ, Pablo, “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular: situación actual y perspectivas”. En *Los retos actuales de la*

- asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum ediciones, Murcia, 2016.
- BLASCO LAHOZ, José Francisco, *Las Prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Su aplicación legal y judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén, “Artículo 43, Protección de la salud”. En Alzaga Villamil, Óscar, (dir.). *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, “Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 79, 2007.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio, “Veste y realidad de los derechos estatutarios”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 151, 2011.
- CANOSA USERA, Raúl; “La declaración de derechos, en los nuevos Estatutos de Autonomía”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, 2007.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 80, 2008.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “Los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza: La Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo”. En Pérez Gálvez, Juan Francisco y Barranco Vela, Rafael (coords.). *Derecho y salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas. (Una perspectiva constitucional y desde los compromisos internacionales asumidos por el estado español)”, *Derecho y Salud*, Vol. 24 Extraordinario, 2014.
- CARMONA CONTRERAS, Ana M^a., “El decreto-ley en tiempos de crisis”, *Revista catalana de dret públic*, n° 47, 2013.
- CARRILLO, Marc, “L’impacte de la crisi sobre els drets de l’àmbit social”. *Revista catalana de dret públic*, n° 46, 2013.
- CARTABIA, Marta, “Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici”, disponible en: <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/10/cartabia.pdf>.
- CARTABIA, Marta, “Il Governo signore delle fonti? Introduzione”. En M. Cartabia, E. Lamarque y P. Tanzarella (dirs.), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*. Giappichelli, Turín, 2011.
- CASTELLÁ ANDREU, José María y GRAMMOND, S. (coords.), *Diversidad, derechos fundamentales y federalismo. Un diálogo entre Canadá y España*, Atelier, Barcelona, 2010.
- CATELANI, Elisabetta, “Esquemas constitucionales y legales: posibilidades de protección y limitación a la garantía de los derechos sociales por parte del Estado y de las regiones en situación de crisis económica: fines legislativos y jurisprudenciales de garantía de los derechos sociales”, *Fundamentos* n° 9, monográfico sobre *La era de los derechos. La teoría general de los derechos fundamentales en sus nuevos territorios y ensamblajes*, 2016.

- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando, “La crisis y el derecho a la salud: un diagnóstico de tensiones y soluciones”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales, Nueva época*, vol. 19, nº 1, 2016.
- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando, “Las acciones de las Defensorías del Pueblo sobre el acceso de inmigrantes en situación irregular a la asistencia sanitaria: a propósito de los análisis sobre racionalidad normativa”. En Guillermo Escobar (edit.), *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta, “La coordinación sanitaria estatal y las Comunidades Autónomas”, *Documentación Administrativa*, núms. 230 y 231, 1992.
- COURTIS, Christian y ABRAMOVIC, Víctor, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta. Madrid, 2002.
- CUBERO MARCOS, José I., “El reconocimiento de derechos sociales a través de la conexión con derechos fundamentales: hacia una progresiva superación de la doctrina clásica”, *Revista catalana de dret public*, nº 54, 2017.
- CUBERO MARCOS, José I., “La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 110, 2017.
- DE LA IGLESIA CHAMORRO, Asunción, “Los Decretos-leyes autonómicos en España: una aproximación crítica”, *Osservatorio sulle fonti*: disponible en: *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2013.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “El Estado autonómico social. El efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 46, 2017.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás, “Derechos de los inmigrantes sin residencia legal en España”. En Velasco, Francisco y Torres, María de los Ángeles (coords.), *Ciudades globales e inmigrantes: un estudio comparado de Chicago y Madrid*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2013.
- DE LORA, Pablo: “El derecho a la protección de la salud”, en J. Betegón, F.J. Laporta y otros (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- DE LORENZO, Ricardo, “Asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares: sí, a la solidaridad, y no, a la demagogia”, *Redacción médica*, nº 2806, 24 de septiembre de 2015, disponible en: <http://www.redaccionmedica.com/opinion/asistencia-sanitaria-a-los-inmigrantes-irregulares-si-a-la-solidaridad-y-no-a-la-demagogia-1910>.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., “El Defensor del Pueblo ante la desigual protección del derecho a la salud de los inmigrantes en situación irregular en el Estado español”. En Guillermo Escobar (edit.), *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis 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, Luis E., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes en situación administrativa irregular: la exclusión de la condición de asegurados por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”. En Francisco Javier Matia Portilla (dir.) e Ignacio Álvarez Rodríguez (coord.), *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes* Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular: reflexiones críticas sobre la reciente jurisprudencia constitucional acerca de las restricciones introducidas por el Decreto ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 112, 2018.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis E., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre lo que es básico en materia de sanidad: centralización *versus* autonomía”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 23, 2016.
- DÍAZ PÉREZ, Cristina, “Desigualdades en el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria”, *Derecho y Salud*, vol. 25, nº 1, 2015.
- DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, 2006.
- DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 2007.
- DONAIRE VILLA, Francisco Javier, *Las normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas: las figuras del decreto legislativo y del decreto-ley autonómicos*, Institut d’Estudis Autònoms, Barcelona, 2012.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales”. En Cascajo Castro, José Luis, Terol Becerra, Manuel, Domínguez Vila, Antonio y Navarro Marchante, Vicente (coords.), *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo, “El derecho a la protección de la salud”. En Escobar Roca, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo, “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”, *Revista de Derecho Político*, nº 71-72, 2008.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, María Belén y GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Antonio, “El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria”. En *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum ediciones, Murcia, 2016.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, *El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional*. Civitas, Madrid, 1984.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España: una visión desde la doctrina del Tribunal Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

- FERRERES COMELLA, Víctor, BIGLINO CAMPOS, Paloma; y CARRILLO, Marc, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Á., “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*. En Garrido Falla, Fernando (dir.), Civitas, Madrid, 2001.
- GIOIOSA, Manuel “Los derechos sociales de los extranjeros en Italia: comparación con España”. En Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada, (dirs.). *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- GOIZUETA VÉRTIZ, Juana, “El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 109, 2017.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, “Inmigrantes”. En Escobar Roca, Guillermo (dir.): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *El derecho a tener derechos: definición jurisprudencial del estatuto de la persona extranjera*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- GÓMEZ MARTÍN, Milagros, “Régimen jurídico de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud”. En Palomar Olmeda, Alberto, Cantero Martínez, Josefa (Dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013.
- GÓMEZ ZAMORA, Leopoldo J., “La asistencia sanitaria en España, especial referencia a la prestación sanitaria a los extranjeros en situación irregular después de la modificación operada por el Real Decreto-Ley 16/2012”, *Gabileria Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, n° 5, 2016, disponible en: http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20160418/la_asistencia_sanitaria_en_espana_leopoldo_gomez.pdf *Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*
- GONZÁLEZ GARCÍA, Ignacio, “La trascendencia constitucional del deficiente control del decreto ley autonómico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 111, 2017.
- GUIDO MORALES, Sara, “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares”. En *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum ediciones, Murcia, 2016.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, “Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en las leyes españolas”, *UNED. Boletín de la Facultad de Derecho*, n° 22, 2003.
- HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, “La respuesta del Tribunal Constitucional a los Decretos-Leyes en materia de derechos sociales. El criticable retroceso de la

- jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 109, 2017.
- JIMENA QUESADA, Luis, *Social rights and policies in the European Union. New challenges in a context of economic crisis*, Tiran lo Blanch, Valencia 2016.
- JIMENA QUESADA, Luis, *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- JIMENA QUESADA, Luis, “Conclusiones XX-2 (2013) dirigidas a España (apartado RDL 16/2012, de 20 de abril, relativo al ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud)”. En Carlos Luis Alfonso Mellado, Luis Jimena Quesada y María del Carmen Salcedo Beltrán, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2014.
- JIMENA QUESADA, Luis, “Introducción: sostenibilidad y efectividad de los derechos sociales, incluso y sobre todo en tiempos de crisis”. En Carlos Luis Alfonso Mellado, Luis Jimena Quesada y María del Carmen Salcedo Beltrán, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2014.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Artículo 43, Protección de los derechos fundamentales”, en Alzaga Villamil, Óscar, (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997.
- JOVER GÓMEZ FERRER, Rafael, ORTEGA CARBALLO, Carlos y RIPOL CARULLA, Santiago, *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- KEITH, Lilana, VAN GINNEKEN, Ewout, “Restricting Access to the NHS for undocumented migrants is bad policy at high cost”, *British Medical Journal*, 350, 2015, disponible en: <http://www.bmj.com/content/350/bmj.h3056>
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki y ANGOITIA GOROSTIAGA, Víctor: “Art. 2. Derecho a la vida” y “Art. 3. Tratos inhumanos y degradantes”. En Lasagabaster Herrarte, Iñaki (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*. Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2015.
- LEMA AÑÓN, Carlos, “La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo?”, *Revista de Bioética y Derecho*, n° 31, 2014.
- LEÓN ALONSO, Marta, *La protección constitucional de la salud*, La Ley, Madrid, 2010.
- LEONÉS SALIDO, José Manuel, *Inmigración irregular y Derechos Fundamentales. ¿hay límites.*, Bosch Editor, Barcelona, 2017.
- LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, “De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, n° 8.
- MARCOS DEL CANO, Ana M^a, “El derecho a la salud desde el punto de vista ético-jurídico”, *Ius et Scientia*, Vol. 2, n° 2, 2016.
- MARCOS DEL CANO, Ana M^a, “El derecho a la salud. Perspectivas tras la crisis”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 19, 2016.

- MARZAL YETANO, Elia, “Crisis y competencia por la competencia: el ejemplo de la inmigración”, *Revista de Derecho Político*, n.º 98, enero-abril 2017.
- MATIA PORTILLA, Francisco J., “Los derechos fundamentales de los extranjeros al servicio de la integración de los inmigrantes”. En Matia Portilla, Francisco J., (dir.): *Crisis e inmigración. Reflexiones interdisciplinarias sobre la inmigración en España*, Valencia, 2012.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, “¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación”. En *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum ediciones, Murcia, 2016.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel, “Un revés en la evolución progresiva del *workfare state*: la regresión en la tendencia hacia la universalidad del derecho constitucional a la asistencia sanitaria. A propósito de la STC 139/2016”, *Derecho de las relaciones laborales*, n.º 2, 2017.
- MONTILLA MARTOS, José A., “La doctrina del Tribunal sobre las bases. Competencias cada vez menos compartidas”, *Blog de la Revista catalana de dret públic*, enero de 2018, disponible en: <http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2018/01/31/la-doctrina-del-tribunal-sobre-las-bases-competencias-cada-vez-menos-compartidas-jose-antonio-montilla-martos/>
- MONTILLA MARTOS, José A., “La legislación básica tras las reformas estatutarias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 78, 2006.
- MORERO BELTRÁN, Anna y BALLESTEROS PENA, Ana, “Las consecuencias de la aplicación del Real Decreto-Ley de Regulación Sanitaria RD 16/2012 sobre la salud de las mujeres inmigradas”. *Investigaciones Feministas*, 2014, Vol V, disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/view/47768>.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, Iustel, Madrid, 2007.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- ORDÓÑEZ PASCUA, Natalia, “La asistencia sanitaria del extranjero irregular: avances y retrocesos”. En *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum ediciones, Murcia, 2016.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, “Legislación básica y Estatutos de Autonomía”. En Ortega Álvarez, Luis; Solozábal Echavarría, Juan José; y Arbós i Marín, Xabier: *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, “Constitución, Sistema Nacional de Salud y sus formas de organización”. En Parejo Alfonso, Luciano, Lobo, Félix y Váquer, Marcos, (coords.), *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- PEMÁN GABÍN, Juan María, *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- PEMÁN GABÍN, Juan María: “Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (A propósito de la sentencia *Smits y Peerbooms* del Tribunal de Justicia

- de la Comunidades Europeas)", *Revista de Administración Pública*, nº 160, 2003.
- PEMÁN GABÍN, Juan María, "Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro", *Revista de Administración Pública*, nº 156, 2001.
- PEMÁN GAVÍN, Juan María, "Del seguro obligatorio de enfermedad al sistema nacional de salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX". En PEMÁN GAVÍN, Juan María, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud; estudios jurídicos*, Comares, Granada, 2005.
- PEMÁN GAVÍN, Juan María, "Sobre el proceso de desarrollo y aplicación de la Ley General de Sanidad: balance y perspectivas", *Derecho y Salud*, vol. 7, nº 1, 1999.
- PEMÁN GAVÍN, Juan María, "Del seguro obligatorio de enfermedad al sistema nacional de salud", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 13, 1998.
- PEMÁN GAVÍN, Juan María, "El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado", *Revista de Administración Pública*, nº 179, 2009.
- PEMÁN GAVÍN, Juan María, "La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes", *Derecho y Salud*, vol. 9, nº 2, 2001.
- PEMÁN GAVÍN, Juan María, "La culminación del proceso de descentralización de la sanidad española. El Sistema Nacional de Salud tras el cierre de las transferencias y la aplicación del nuevo sistema de financiación". En *Informe Comunidades Autónomas, 2001*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2002, disponible en: <http://idpbarcelona.net/publicaciones/informe-comunidades-autonomas/informe-comunidades-autonomas-2001/>
- PEÑA, Pedro, "artículo 43", (actualizado por Sara SIEIRA) En *La Constitución española. Textos y sinopsis de cada artículo*, página web del Congreso de los Diputados, disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=43&tipo=2>
- PÉREZ ALBERDI, María Reyes, "La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". En Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada, (dirs.). *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan F., "La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud". En Juan Francisco Pérez Gálvez (dir.), Francisco Javier López Fernández, Antonia Villegas Oliva (coords.), *La sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015.
- PICATOSTE, José, PICATOSTE, Ignacio y LÓPEZ ARRANZA, María Asunción, *Las políticas públicas de austeridad: efectos del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril en España*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016
- PINTO PALACIOS, Fernando, "Consideraciones éticas y jurídicas acerca de la exclusión de la población inmigrante del derecho a la protección de la salud",

- Dilemata*, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 19, 2015, disponible en: <http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/403>
- PONCE SOLÉ, Julio, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013.
- REVIRIEGO PICÓN, Fernando y AGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES Jorge, “la protección de la salud en la Constitución española”. En Fernández-Coronado, A., y Pérez Álvarez, S. (dirs.), *La protección de la salud en tiempos de crisis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 41, 2018.
- RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar y ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la Unión Europea*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “Prólogo”, al libro de Jesús M. Casal, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de investigación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A., “Inmigración: cabeza o corazón”, diario ABC, 4 de septiembre de 2015.
- SAGARRA I TRIAS, Eduard: “¿Puede limitarse el derecho al acceso a la sanidad pública sin debate parlamentario previo?”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº 30, 2012.
- SALCEDO BELTRÁN., Carmen, “Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria: efectividad de las garantías internacionales en los órganos judiciales”, *Democrazia e Sicurezza*, nº 3, 2015, disponible en: <http://www.democraziaesicurezza.it/Rivista>.
- SANGÜESA RUIZ, Nuria, “El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012”, *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja REDUR*, nº 13, diciembre, 2015.
- SANGÜESA RUIZ, Nuria, *La posición iusfundamental de los no nacionales en los ordenamientos constitucionales español e italiano*, Tesis doctoral, Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones, 2017.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “Extranjería y nuevos Estatutos de Autonomía”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 4, 2007.
- SANZ GÓMEZ, Rafael, “Los derechos sociales ante la crisis de las finanzas públicas: asimetrías normativas”. En *Derechos sociales: lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, Abraham Barrero Ortega (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SOBRINO GUIJARRO, Irene, “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España”. *Lex Social. Revista de los Derechos Sociales*, nº 2, vol. 3, 2013.
- SOBRINO GUIJARRO, Irene, “Sentencia del Tribunal Constitucional acerca de la reforma sanitaria del 2012”. En *Blog Revista catalana Dret públic*, 9 de noviembre de 2016, disponible en: <https://eapc-rcdp.blog.gencat>.

- cat/2016/11/09/ *sentencia-del-tribunal-constitucional-acerca-de-la-reforma-sanitaria-del-2012-irene-sobrino-guijarro?* *ct=t(RSS_EMAIL_CAMPAIGN*
- SOBRINO GUIJARRO, Irene, “Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud a la luz de la STC 139/2016”, *Ius et Scientia*, nº 1, 2017.
- SOLANES CORELLA. Ángeles, “La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica”, *Derechos y Libertades*, nº 31, 2014.
- SOLANES CORELLA. Ángeles, “Protección de la salud”. En Fernando Rey Martínez, (dir.), *Los Derechos Humanos en España: un balance crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan J., “Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico”. En *Laboratorio de la Fundación Alternativas, Documento de trabajo 89/2006*, disponible en: <http://www.fal-ternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/bases-constitucionales-de-una-posible-politica-sanitaria-en-el-estado-autonomico>.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan, “La noción estatutaria de la legislación básica como pretexto”. En Ortega Álvarez, Luis; Solozábal Echavarría, Juan José; y Arbós i Marín, Xabier: *Legislación básica y Estatutos de Autonomía*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan J., “Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2001 y *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 58, 2000.
- SOTO LOSTAL, Salvador, “La exigibilidad de los derechos sociales frente a su restricción regresiva”. En *Derechos sociales: lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, Abraham Barrero Ortega (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- SOUVIRÓN MORENILLA, José M., “Ámbito y alcance de los derechos sociales en España: los colectivos vulnerables”. En Isabel González Ríos (dir.), *Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.
- TAJADURA TEJADA, Javier, “La protección de la salud (art. 43 CE)”, en J. Tajadura Tejada (dir.). *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro, “Naturaleza y contenido del derecho constitucional a la protección de la salud y jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional relativa al mismo”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 27, 2018.
- TORRES MURO, Ignacio, “Derechos sociales y Comunidades Autónomas”. En *Constitución y Democracia: ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. III, Universitat, S. A., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- TORTUERO PLAZA, José Luis, “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios”. En *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum ediciones, Murcia, 2016.
- TUDELA ARANDA, José, “La territorialización de los derechos. Las nuevas declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía y en la Unión Europea”, *Fundamentos nº 9*, monográfico sobre *La era de los derechos. La teoría general de los derechos fundamentales en sus nuevos territorios y ensamblajes*, 2016.

- VALCÁRCEL BUSTOS, Mónica T., “Competencias y reconocimiento de derechos de las personas vulnerables: sanidad, vivienda y derechos fundamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 111, 2018.
- VIDA FERNÁNDEZ, José, “Las prestaciones sanitarias del SNS: Catálogo de prestaciones y cartera de servicios”. En Parejo, L., Palomar, A., Váquer, M., (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- VIDAL FUEYO, Camino, “Algunas reflexiones en torno a las leyes autonómicas en materia de derechos de los inmigrantes”. En Francisco Javier Matia Portilla (dir.) e Ignacio Álvarez Rodríguez (coord.), *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- VIDAL FUEYO, Camino, “Derechos constitucionales de los extranjeros”. En *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*, tomo III, M. Aragón Reyes (dir.) y C. Aguado Renedo (codir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- VIDAL FUEYO, Camino, “Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en la Constitución española”. En Aja, E. (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La igualdad en la diversidad. Forma de Estado y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

2. INFORMES DE ORGANISMOS, INSTITUCIONES Y ASOCIACIONES

- CONCLUSIONS XX-2 (2013), *European Social Charter European Committee of Social Rights (Spain)*, January, 2014, disponible en [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDcIdentifier%22:\[%22XX-2/def/ESP/11/1/EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDcIdentifier%22:[%22XX-2/def/ESP/11/1/EN%22]}).
- CONCLUSIONS XXI-2 (2017), *European Social Charter. European Committee of Social Rights (Spain)*, January, 2018, disponible en: [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDcIdentifier%22:\[%22XXI-2/def/ESP/13/1/EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDcIdentifier%22:[%22XXI-2/def/ESP/13/1/EN%22]})
- ESTUDIO *Las urgencias hospitalarias en el Sistema Nacional de Salud: derechos y garantías de los pacientes*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2015, disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/las-urgencias-hospitalarias-en-el-sistema-nacional-de-salud-derechos-y-garantias-de-los-pacientes-estudio-conjunto-de-los-defensores-del-pueblo-enero-2015>
- INFORME *anual 2013, 2014, 2015, 2016, del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales*, Madrid, disponible en: <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/>
- INFORME *Asistencia sanitaria a personas sin permiso de residencia en España*, Comisiones Obreras, 11 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.ccoo.es/cms/g/publico/0/o62790.pdf>
- INFORME *de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios*

- internacionales de seguridad social*, de 29 de marzo de 2012, Tribunal de Cuentas, disponible en: <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/les/search/alfresco/index.html?docTitle=>.
- INFORME de la *Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER, Cinco mitos para cinco años de exclusión sanitaria*, Madrid, 2017, disponible en: <https://reder162012.org/images/Informe2015/Abril2017/Abril2017.pdf>
- INFORME de la *Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER, Es urgente garantizar la sanidad universal. No dejar a nadie atrás*, Madrid, 2018, disponible en: <https://reder162012.org/images/InformeOct2018/REDER-oct18-ESP.pdf>
- INFORME de la *Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER: Radiografía de la reforma sanitaria La universalidad de la exclusión*, Madrid, 2015, disponible en: <https://reder162012.org/images/Informe2015/REDER.Radiografadelareformasanitaria.pdf>
- INFORME de *Médicos del Mundo. Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo*, 2014, disponible en: <https://www.medicosdelmundo.org/actualidad-y-publicaciones/publicaciones/dos-anos-de-reforma-sanitaria-mas-vidas-humanas-en-riesgo>
- INFORME del colectivo *Yo Sí Sanidad Universal sobre Valoración del “Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud”*, Madrid, 13 de agosto de 2018, disponible en: <http://yosisanidaduniversal.net/noticias.php/valoracion-del-real-decreto-ley>
- INFORME del *Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (CommDH(2013)18)*, 9 de octubre de 2013, elaborado tras una visita a España, del 3 al 7 de junio de 2013, disponible en: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2356738&SecMode=1&DocId=2056532&Usage=>
- INFORME del *Observatorio de 2017. Personas excluidas: El fracaso de la cobertura sanitaria universal en Europa*. Robert W Aldridge, Anna Miller, Bethany Jakubowski, et al., Médicos del Mundo (2017), disponible en: <https://www.medicosdelmundo.org/actualidad-y-publicaciones/publicaciones/informe-del-observatorio-2017>
- INFORME del *Relator Especial de Naciones Unidas sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia*, en su visita a España del 21 al 28 de enero de 2013, a invitación del Gobierno, disponible en el portal de Naciones Unidas-Derechos Humanos-Oficina del Alto Comisionado: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/144/78/PDF/G1314478.pdf?OpenElement>.
- INFORME *FRA European Union Agency for Fundamental Rights, Cost of exclusion from healthcare. The case of migrants in an irregular situation*, Luxemburgo, 2015, disponible en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/cost-exclusion-healthcare-case-migrants-irregular-situation>
- INFORME *L'accès aux soins de santé des migrants en situation irrégulière dans 10 États membres de l'Union Européenne*, FRA-Agence des droit fondamentaux de l'Union européenne, Luxembourg, 2012, disponible en: <http://fra>.

- europa.eu/fr/publication/2012/laccs-aux-soins-de-sant-des-migrants-en-situation-irregulire-dans-10-tats-membres-de*
- INFORME *Les droits fondamentaux des migrants en situation irrégulière dans l'Union européenne. Rapport comparatif*, "Soins de santé", FRA-Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Luxembourg, 2012, disponible en: <http://fra.europa.eu/fr/publication/2012/les-droits-fondamentaux-des-migrants-en-situation-irregulire-dans-lunion-europenne>.
- INFORME ODUSALUD, *Observatorio del Derecho Universal a la Salud de la Comunitat Valenciana*, n° 10, abril, 2015, disponible en: <http://odusalud.blogspot.com.es/p/documentos-para-sensibilizacion-y.html>
- INFORME RED ACOGE, *Los efectos de la exclusión sanitaria en las personas inmigrantes más vulnerables*, Madrid, 2015, disponible en: http://www.redacoge.org/mm/file/2015/Jur%C3%ADdico/Informe%20Sanidad%20RED_ACOGE.pdf
- OBSERVACIONES FINALES *del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobadas en el 48° período de sesiones del 30 de abril al 18 de mayo de 2012, tras el examen del informe presentado por España*, disponibles en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fESP%2fCO%2f6&Lang=en
- OBSERVACIONES FINALES *del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al sexto informe periódico de España, aprobadas en el 63° período de sesiones el 29 de marzo de 2018*, disponibles en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fESP%2fCO%2f6&Lang=en
- RESOLUCIÓN *del Defensor del Pueblo, de 20 de julio de 2012, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra 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*, disponible en: <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Recursos/inconstitucionalidadPDFs/Resolucion.pdf>.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com