

**NUEVOS AVANCES EN LA UNIVERSALIZACIÓN
DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN ESPAÑA:
A PROPÓSITO DE LA REFORMA APRESURADA,
IMPRECISA E INCOMPLETA INTRODUCIDA
POR EL DECRETO LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO¹**

**New progress in the universalization of health care
in Spain: With regard to the hasty, imprecise
and incomplete reform introduced by Law 7/2018,
of July 27**

LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN

Universidad de Burgos

ldelgado@ubu.es

Cómo citar/Citation

Delgado del Rincón, L. E. (2019).

Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España:
a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida
por el Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio.

Revista de Estudios Políticos, 186, 105-136.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.186.04>

Resumen

El trabajo tiene por objeto el estudio de la reforma realizada por el Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio, para desarrollar jurídicamente una política sanitaria dirigida a la consecución de un modelo de sanidad universal. Se analizan las medidas introducidas y los objetivos perseguidos, particularmente la ampliación de la determinación subjetiva del derecho a la atención sanitaria y la armonización de la diferente normativa autonómica. Se ponen de manifiesto las dificultades para alcanzar los objetivos previstos como consecuencia de las imprecisiones que contiene la norma y de la

¹ Este trabajo se realiza en el marco de los Proyectos de Investigación DER2016-75993-P, sobre «España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos» (2017-2020) y DER2016-76392-P, sobre «Fundamentos teóricos del neoconstitucionalismo: un modelo jurídico para una sociedad global» (2017-2019).

posibilidad de interpretar restrictivamente algunos de los requisitos establecidos para ejercer el derecho a la asistencia sanitaria.

Palabras clave

Derechos sociales; derecho a la salud; titularidad del derecho; sanidad universal; sistema sanitario; distribución de competencias.

Abstract

The article studies the reform carried out by Decree-Law 7/2018, of July 27, to legally develop a health policy aimed at achieving a universal health model. The measures introduced and the objectives pursued are analyzed, particularly the extension of the personal scope about the right to health care and the harmonization of the different regional regulations. The difficulties to reach the foreseen objectives are revealed as a consequence of the inaccuracies of some precepts of the Decree-Law and of the possibility of interpreting restrictively some of the requirements established to exercise the right to health care

Keywords

Social rights; right to health; ownership of the right; universal health; sanitary system; distribution of competencies.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: DE LA REFORMA RESTRICTIVA DEL DECRETO LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, RATIFICADA POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, A LA REFORMA AMPLIATORIA DEL DECRETO LEY 7/2018, DEL 27 DE JULIO. II. OBJETIVOS Y RAZONES QUE JUSTIFICAN LA APROBACIÓN DEL DECRETO LEY 7/2018: LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD Y EL RECURSO INSUFICIENTE A LOS PARÁMETROS INTERNACIONALES. III. LA MODIFICACIÓN DE LA DETERMINACIÓN SUBJETIVA DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA: DE LA CONDICIÓN DE ASEGURADO A LA DE CIUDADANO RESIDENTE. IV. LA EXTENSIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA A LOS EXTRANJEROS QUE SE ENCUENTREN EN ESPAÑA SIN PERMISO DE RESIDENCIA. V. LA REFORMA DEL DECRETO LEY 7/2018 QUE PRETENDE HOMOGENEIZAR LA NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS AL RECONOCER LA ATENCIÓN SANITARIA A LOS EXTRANJEROS NO REGISTRADOS NI AUTORIZADOS COMO RESIDENTES. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN: DE LA REFORMA RESTRICTIVA DEL DECRETO LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, RATIFICADA POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, A LA REFORMA AMPLIATORIA DEL DECRETO LEY 7/2018, DEL 27 DE JULIO

El 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 prestaciones², aprobado por el Gobierno en un contexto de crisis económica, reformó ampliamente la legislación sanitaria. Entre otras medidas, modificó el régimen jurídico del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria introduciendo una nueva regulación de la condición de asegurado y beneficiario en el art. 3.1 y 2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS)³. Esta medida excluía de la

² Publicado en el BOE núm. 98, de 24 de abril de 2012.

³ Publicada en el BOE núm. 128, de 29 de mayo de 2003. Otras controvertidas medidas introducidas por el Decreto Ley 16/2012 fueron la reestructuración (limitativa) de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y de las prestaciones que la integran y la fijación de nuevas condiciones económicas para la financiación de una de las prestaciones sanitarias, la farmacéutica. Algunas críticas sobre la reforma sanitaria

asistencia sanitaria pública a ciertos colectivos de personas como los nacionales mayores de veintiséis años que no hubiesen accedido todavía a su primer empleo⁴ y los extranjeros sin autorización de residencia, salvo en los casos previstos en el art. 3 ter LCCSNS (urgencias, mujeres embarazadas y menores).

Algunas comunidades autónomas (Asturias, Andalucía, Cataluña, País Vasco, Canarias y Navarra) reaccionaron contra la reforma introducida por el Decreto Ley 16/2012 impugnando algunos de sus preceptos ante el Tribunal Constitucional⁵. Asimismo aprobaron normas de diversa 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 y previa observancia de determinados requisitos (estar empadronados por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la comunidad autónoma, no superar una cuantía de ingresos determinada y carecer de otro sistema de cobertura sanitaria)⁶. Después de

del Decreto Ley 16/2012, pueden verse, entre otros, en los trabajos de Sagarra i Trias (2012: 207 y ss.); Beltrán Aguirre (2012: 191-192); Aprell Lasagabaster (2013: 1 y ss.); Delgado del Rincón (2014: 189 y ss.); Solanes Corella (2014: 127 y ss.), y Aguado i Cudolà y Prado Pérez (2014: 87 y ss.).

- ⁴ Aunque se les reconocerá posteriormente por el 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, siempre que no tuvieran unos ingresos anuales superiores a los cien mil euros (publicado en el BOE núm. 186, de 4 de agosto de 2012).
- ⁵ Algunos de los argumentos que utilizaron en su impugnación fueron la inobservancia de los requisitos exigidos para aprobar el Decreto-ley en el art. 86 CE, 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 y la eventual invasión de las competencias exclusivas de las comunidades autónomas por el Estado.
- ⁶ Entre estas normas estaban las Instrucciones de la Consejería de Sanidad, de 30 de agosto de 2012, 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, 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; las Instrucciones de 6 de junio de 2013, 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; 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, derogada por la Ley 9/2017, de 27 de

las elecciones autonómicas de mayo de 2015, otras comunidades autónomas, como Valencia, Extremadura, Islas Baleares, Cantabria y Castilla-la Mancha, aprobaron igualmente normas que devolvían la atención sanitaria a ese colectivo de extranjeros⁷. El Gobierno de la nación presentó también un recurso de inconstitucionalidad o un conflicto de competencia contra algunas de esas normas autonómicas (del País Vasco, Navarra, Valencia, Extremadura y Cataluña), al estimar que habían excedido las competencias autonómicas y vulnerado las atribuidas al Estado en determinados preceptos constitucionales⁸.

El Tribunal Constitucional ha ido resolviendo los recursos presentados por una y otra parte. Una resolución clave es la STC 139/2016, de 21 de julio,

junio, de universalización de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos mediante el Servicio Catalán de la Salud (publicada en el BOE núm. 173, de 21 de julio de 2017); el 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 (publicado en el BOPV, núm. 127, de 29 de junio de 2012); 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, 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 (publicada en el BOE núm. 64, de 15 de marzo de 2013).

⁷ 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 (publicado en el DOCV, núm. 7581, de 29 de julio de 2015); 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 ámbito de gestión del Servicio de Salud de las Illes Balears; 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; la Orden 9 de febrero de 2016, de la Consejería de Sanidad, de acceso universal a la atención sanitaria en Castilla-La Mancha; la Ley extremeña 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social (publicada en el BOE núm. 192, de 10 de agosto de 2016).

⁸ Como el art. 149.1.1 CE, que garantiza la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos, en este caso, el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE; el art. 149.1.2 CE, que reconoce al Estado la competencia exclusiva en materia de extranjería; el art. 149.1.16 CE, que otorga el Estado la competencia exclusiva sobre las bases de la sanidad; o el art. 149.1.17 CE, que reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la seguridad social.

que conoce del recurso formulado por el Parlamento navarro contra determinados preceptos del Decreto Ley16/2012. El Tribunal no estima ninguna de sus pretensiones, basándose para ello, entre otros, en los siguientes argumentos: a) que conforme a la interpretación flexible realizada por el Tribunal sobre el presupuesto legitimador del decreto ley, el Gobierno al aprobar el Decreto Ley16/2012 ha cumplido y respetado todos los requisitos y límites previstos en el art. 86.1 CE (la situación de extraordinaria y urgente necesidad y el límite material de no afectación a los derechos y libertades del título I de la Constitución, FFJJ 4 a 6); b) que la nueva regulación de la condición de asegurado en el art. 3 LCCSNS no vulnera el derecho a la protección la salud del art. 43 CE porque se trata de un derecho social, de un derecho de configuración legal en que el legislador dispone de un amplio margen para determinar su contenido y establecer diferencias de trato —entre nacionales y extranjeros y entre extranjeros residentes y no residentes legalmente (FFJJ 8 y 10)—.

Discrepamos de esta argumentación, al considerar, por un lado, que el Gobierno, tanto en la exposición de motivos como en el debate de convalidación de la norma, aportó un razonamiento escueto, vago, general e insuficiente basado exclusivamente en razones económicas, pero sin ofrecer datos objetivos y contrastados. De otro lado, para determinar si hubo o no vulneración del derecho a la protección la salud del art. 43 CE, entendemos, coincidiendo con el voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré, que el Tribunal debió de haber relacionado el derecho del art. 43 CE con otros derechos fundamentales, como así lo había hecho en decisiones anteriores, acudiendo incluso a la jurisprudencia de tribunales extranjeros o a los estándares de protección internacional, de los que la resolución se aparta, según veremos seguidamente. Asimismo, al estar ante una medida limitadora de un derecho claramente regresiva, el Tribunal no aporta una motivación suficiente que explique de forma detallada las razones de la reversibilidad. 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 líneas⁹.

⁹ Estas discrepancias las expusimos en su día, de forma más amplia, en Delgado del Rincón (2018a: 287 y ss.). También puede consultarse Delgado del Rincón (2019: 106 y ss.). Otros comentarios críticos a la STC 139/2016, de 21 de julio, pueden verse, entre otros, en los trabajos de Monereo Pérez y Triguero Martínez (2017: 177 y ss.); Hernández Ramos (2017: 130 y ss.); Sobrino Guijarro (2017: 79 y ss.), y Sangüesa Ruiz (2017: 237 y ss.). La doctrina sentada en la STC 139/2016, de 21 de julio, es reiterada por el Tribunal en las decisiones posteriores que resuelven los recursos presentados por las demás comunidades autónomas: 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 de Andalucía;

La cuestión competencial sobre la posible extralimitación de competencias autonómicas e infracción de la legislación básica del Estado por normas de las comunidades autónomas que amplían el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria es resuelta por el Tribunal Constitucional en otra relevante sentencia, la STC 134/2017, de 16 de noviembre. En esta decisión, la mayoría del Pleno del Tribunal, siguiendo una concepción «cualitativa» de las bases en la determinación del ámbito subjetivo del acceso a las prestaciones sanitarias públicas, establece, por primera vez, que las comunidades autónomas no pueden ampliarlo más allá de los límites establecidos en la norma básica estatal (el art. 3 LCCSNS). En palabras del Tribunal, que la legislación básica, con una «clara vocación de exhaustividad», amparada en unos intereses generales justificados por el Estado, puede colmar la esfera normativa de un subsector de la materia de sanidad como es, en este caso, la determinación del ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias, que no puede ser mejorado o ampliado por las comunidades autónomas (FJ 5)¹⁰.

No estamos de acuerdo con la opinión mayoritaria del Pleno del Tribunal sobre la concepción y el alcance de las bases estatales, compartiendo la tesis y la concepción seguida por los magistrados que presentan voto particular a la sentencia. Consideramos que las comunidades autónomas pueden adoptar políticas propias, también en materia de sanidad, siempre que respeten el mínimo común uniforme establecido por el Estado y los principios de

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.

¹⁰ En consecuencia, el Tribunal declara la nulidad e inconstitucionalidad, por vulnerar el sistema de distribución de competencias, de varios 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 Euskadi, que extendían el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias a colectivos de personas que no estaban contemplados en la norma básica estatal. La doctrina fijada en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, se reitera por el Tribunal en las resoluciones posteriores resolutorias de los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Gobierno de la nación contras algunas de las normas autonómicas ya citadas que habían ampliado el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria: la STC 145/2017, de 14 de diciembre (para el Decreto Ley valenciano 3/2015); la STC 2/2018, de 11 de enero (para la Ley extremeña 7/2016); la STC 17/2018, de 22 de febrero (para la Ley Foral 8/2013) y la STC 18/2018, de 22 de febrero (para el Decreto Foral 117/2012). Del recurso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley catalana 9/2017, el Gobierno desistió y el Tribunal Constitucional admitió el desistimiento y declaró extinguido el proceso en el ATC de 16 de octubre de 2018.

suficiencia financiera y estabilidad presupuestaria del art. 135 CE. En este sentido, del mismo modo que, en el desarrollo de las bases del Estado, las comunidades autónomas pueden aprobar su propia cartera de servicios, otorgando prestaciones adicionales a sus residentes, podrían también ampliar su titularidad a otras personas no contempladas en la norma básica estatal, sin perjuicio de que exijan el cumplimiento de determinados requisitos (nivel de renta, carencia de cobertura sanitaria y residencia y empadronamiento por un tiempo determinado en un municipio de la comunidad). Sería una opción coherente con la forma de un Estado social y autonómico —con ordenamientos diversos— y con la naturaleza de la materia sanitaria, que es de titularidad compartida abierta, por tanto, a la colaboración normativa entre el Estado y las comunidades autónomas mediante el instrumento de la legislación de bases del Estado-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 sanitaria¹¹.

Con 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 políticas que adopta el Gobierno de la nación es garantizar la universalidad de la asistencia sanitaria a todas las personas que se hallen en el territorio español. Para hacerla efectiva, al igual que sucedió en legislaturas anteriores, el Gobierno recurre nuevamente al instrumento del decreto ley¹². Aprueba así el Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el Acceso Universal al Sistema Nacional de Salud¹³, que será convalidado

¹¹ Sobre estas disensiones, véase ampliamente Delgado del Rincón (2018b: 19 y ss., 2019: 262 y ss.). Montilla Martos (2018: 2) critica también la interpretación realizada en esta sentencia por el Tribunal sobre las bases del Estado, que suponen «una absoluta deferencia a la norma básica estatal», mediante las que el Estado «decide agotar la regulación de la materia», e impide «cualquier desarrollo normativo autonómico». Acerca de la concepción «cualitativa» de las bases por la que el Estado impone un máximo a las comunidades autónomas, impidiéndolas reducir, ampliar o mejorar la determinación objetiva y subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria, cfr. Marzal (2017: 148-149, 152 y 155), que las considera también un potente instrumento en manos del Estado para recentralizar algunas materias. En el mismo sentido se había pronunciado antes Montilla Martos (2006: 116) y Solozábal Echevarría (2006: 76), reiterando este autor su opinión en Solozabal Echevarría (2019: 18).

¹² Acerca de la utilización abusiva y desviada (con datos de la práctica) del decreto ley y sus causas, véase, entre otros, Aragón Reyes (2016: 29-53); Martín Rebollo (2015: 23-92), y Carmona Contreras (2013: 9-16).

¹³ Publicado en el BOE núm. 183, de 30 de julio de 2018.

por el Congreso el 6 de septiembre de 2018¹⁴. 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.

II. OBJETIVOS Y RAZONES QUE JUSTIFICAN LA APROBACIÓN DEL DECRETO LEY 7/2018: LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD Y EL RECURSO INSUFICIENTE A LOS PARÁMETROS INTERNACIONALES

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, respecto del cual el Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, constituyó un paréntesis por motivos económicos. La atención sanitaria se vincula nuevamente a la condición de ciudadano y no exclusivamente a la de asegurado por ejercer una actividad laboral o percibir una prestación económica de la Seguridad Social¹⁵.

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», superando algunas de las deficiencias de la reforma introducida por el Decreto 16/2012. 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».

A la hora de justificar la concurrencia del requisito exigido por el art. 86.1 CE de la extraordinaria y urgente necesidad, el legislador es parco en argumentos, habida cuenta de la interpretación flexible que sobre él viene realizando el Tribunal Constitucional¹⁶. Menciona sucintamente las siguientes

¹⁴ Cuyo debate, con número de expediente 130/000034, puede consultarse en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 144, sesión plenaria núm. 137, celebrada el 6 de septiembre de 2018, pp. 27-41 y ss. Disponible en: <http://bit.ly/34eAVH0>.

¹⁵ Una comparación sistemática de ambas normas puede verse en Rojo Torrecilla (2018: 5 y ss.).

¹⁶ Cfr., al respecto, la STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 3, y la jurisprudencia allí citada. También Aragón Reyes (2016: 71-86) y Martín Rebollo (2015: 24).

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», que no se concretan¹⁷ y la «seguridad jurídica, cohesión social, coordinación y armonización de las actuaciones llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas»¹⁸. Se invoca para ello «el cumplimiento de los tratados internacionales de carácter vinculante suscritos por España (que tampoco se mencionan), el mandato contenido en el art. 43 de la Constitución española, y los principios de igualdad, solidaridad y justicia social». Asimismo, «siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», que igualmente no se cita¹⁹, 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».

En definitiva, tres son los objetivos fundamentales que persigue la reforma del Decreto Ley 7/2018: a) restituir la atención sanitaria pública a los

¹⁷ Simplemente se dice que 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». Posteriormente, 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, la ministra de Sanidad, Consumo y Bienestar Social especifica algunas de las entidades internacionales: 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.

¹⁸ 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 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».

¹⁹ Y que podría comprender, entre otras, las ya mencionadas SSTC 139/2016, de 21 de julio; 183/2016, de 3 de noviembre y 33/2017, de 1 de marzo y las decisiones en ellas aludidas.

colectivos de personas excluidas por la reforma del Decreto Ley 16/2012; b) 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 c) armonizar y homogeneizar el contenido de esa desigual y diferente normativa autonómica. Ha pasado ya un tiempo prudencial 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 propuestos²⁰; incluso, en opinión de algunas organizaciones sociales que trabajan con inmigrantes, la norma no solo no ha cumplido las expectativas que levantó, sino que, en algunos casos, ha agravado la situación de exclusiones sanitarias.

Según hemos tenido ocasión de comprobar, la exposición de motivos del Decreto Ley 7/2018 apenas menciona parámetros internacionales como justificación de su aprobación y de la derogación del Decreto Ley 16/2012²¹. Simplemente alude al «cumplimiento de los tratados internacionales de carácter vinculante suscritos por España». Poco más añade la intervención de la ministra de Sanidad en la sesión de convalidación del Decreto Ley en el Congreso de los Diputados, cuando cita de modo impreciso algunas críticas contra el Decreto Ley 16/2012 formuladas en informes o resoluciones de algunos organismos internacionales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, el Consejo de Europa, o la relatora especial de Naciones Unidas sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos. Es preciso, por ello, mencionar aquí algunas de las normas, resoluciones e informes internacionales que obligaban al Estado español a cambiar el criterio restrictivo que sobre la atención sanitaria adoptó el legislador estatal de urgencia en 2012. Más aun teniendo en cuenta el mandato interpretativo del art. 10.2 CE, que, como dice el magistrado Valdés Dal-Ré en el voto particular a la STC 139/2016, contiene «un mandato de ajuste mínimo a los estándares

²⁰ Hasta el punto de 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» (2018), disponible en: <http://bit.ly/2ot74LN>. Vid. también el artículo periodístico «Un año del decreto de sanidad universal del PSOE y la situación es incluso peor». Diario *El Mundo*, de 31 julio 2019.

²¹ En la línea de nuestro constitucionalismo social contemporáneo que, como dice Jimena Quesada (2018: 830), «ha adolecido en relación con la salud de un claro déficit de atención a los instrumentos internacionales básicos en la materia».

internacionales de protección de los derechos humanos» (que lamentablemente es reducido por el propio Tribunal Constitucional respecto al derecho a la asistencia sanitaria).

Así, en el ámbito de Naciones Unidas, resulta obligatorio mencionar el art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PDESC)²², que 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 relación con este precepto y en lo que concierne a España, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en las observaciones finales de 2012, recomienda a España que «de conformidad con la observación general núm. 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» (párrafo 19). Asimismo, en las observaciones finales de 2018, 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)²³.

²² 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), ratificado por España el 13 de abril de 1977, con publicación en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

²³ Cfr. las «Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobadas en el 48.º período de sesiones del 30 de abril al 18 de mayo de 2012, tras el examen del informe presentado por España y las Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al sexto informe periódico de España, aprobadas en el 63.º período de sesiones el 29 de marzo de 2018», disponibles en: <http://bit.ly/2oymRsU>. Sobre ellas, véanse los trabajos de Jimena Quesada (2018: 830 y 837-839) y Delgado del Rincón (2019: 46-47 y 144). También puede traerse a colación 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, disponible en el portal de Naciones Unidas-Derechos Humanos-Oficina del Alto Comisionado: <http://bit.ly/2PuMdTx>, que, en su párrafo 72, 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

En el seno del Consejo de Europa es imprescindible recurrir al art. 11.1 de la Carta Social Europea (CSE)²⁴, que proclama el derecho de «toda persona» a la salud y a la asistencia médica, mediante la adopción de diversas medidas preventivas, educacionales y asistenciales (art. 13). En relación con la aplicación del art. 11.1 CSE en nuestro país, el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa, afirmaba ya, en las conclusiones XX-2 del Informe de 2013 (publicado en 2014), que la medida adoptada por el Decreto Ley 16/2012, de privar de la asistencia sanitaria a los extranjeros mayores de 18 años que residieran de forma irregular en el país era contraria al art. 11 CSE. El Comité recordaba también que «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». Sin embargo, sorprendentemente, el Comité Europeo, en las Conclusiones XXI-2 del Informe de 2017 (publicado en 2018), reconoce que, en el ámbito de la aplicación personal, la situación de España en el periodo de 2012 a 2015 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 sanitarias²⁵.

En el ámbito de la Unión Europea, el art. art. 35 de 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, reconoce también el derecho de «toda persona a acceder

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 y art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial).

²⁴ Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980 (publicado en el BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980), que ha sido revisada ampliamente el 3 de mayo de 1996, dando lugar a la Carta Social Revisada que, aunque ha sido firmada por España el 23 de octubre de 2000, todavía no ha sido ratificada.

²⁵ Véase «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: Conclusiones XX-2» (2013), European Social Charter European Committee of Social Rights (Spain), January, 2014, disponible en: <http://bit.ly/321UH73>; «Conclusions XXI-2» (2017), European Social Charter. European Committee of Social Rights (Spain), January, 2018, disponible en: <http://bit.ly/32U6mGt>. Acerca de ellas, véanse los trabajos de Jimena Quesada (2014: 297-299, 2017: 180-181, 2018: 830 y 837-839) y Delgado del Rincón (2019: 45-46 y 144).

a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales». Aunque como afirma Jimena Quesada (2018: 836), «el lugar al que quedan relegados los derechos sociales [...] en dicha carta no parece que vaya a ser germen de una jurisprudencia del TJUE de gran impacto (salvo en supuestos de discriminación...)»²⁶.

III. LA MODIFICACIÓN DE LA DETERMINACIÓN SUBJETIVA DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA: DE LA CONDICIÓN DE ASEGURADO A LA DE CIUDADANO RESIDENTE

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, por tanto, a la titularidad del derecho a la protección de la salud en su dimensión más conocida, 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 1.º 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 efectiva²⁷.

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 español²⁸.

²⁶ En sentido similar, se pronuncia Gómez Zamora (2018: 297). Cfr. también las SSTJUE, Sala Primera, de 14 junio de 2016, *Comisión Europea c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*, asunto C-308/14, y de la Sala Tercera, de 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero*, asunto C-270/16.

²⁷ Si bien el apartado 2.º.c) del art. 3 LCCSNS concreta que para hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos la residencia debe ser «habitual», aunque no precise su significado.

²⁸ 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

Ahora bien, esta amplia formulación general sobre la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública en España es matizada y condicionada en el párrafo siguiente de este apartado 1.º 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»²⁹.

Concretamente, a los extranjeros comunitarios les es aplicable 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. El art. 7 de esta norma reglamentaria, que fue reformado por el Decreto Ley 16/2012 y que no ha sido modificado por el Decreto Ley 7/2018, exige clara y tajantemente, 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 al de una estancia de 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».

El apartado 2.º del art. 3 LCCSNS, redactado de forma imprecisa y farragosa³⁰, concreta los supuestos en que han de encontrarse los titulares del

Ley 7/2018 establece que quedan derogados la mayoría 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.

²⁹ Acerca de las relaciones bilaterales de España con otros Estados en materia de asistencia sanitaria, véase la información contenida en la web del Ministerio de Sanidad, en el apartado «Relaciones de la UE y organismos internacionales-relaciones bilaterales» y su buscador, disponible en: <http://bit.ly/3467Y02>. Actualmente, se tiene suscrito un convenio bilateral en materia de seguridad social con Andorra, Brasil, Chile, Marruecos, Perú y Túnez.

³⁰ 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

derecho a la asistencia sanitaria *para hacerlo efectivo* con cargo a fondos públicos (la cursiva es nuestra):

- 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 origen³¹. No obstante, sería necesario precisar a qué título jurídico se refiere para tener reconocido su derecho a la atención sanitaria en España. Esta norma comprendería también algunos supuestos concretos como los de los pensionistas españoles que viven en otro país o los trabajadores transfronterizos³². 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 en situación de estancia temporal y no tengan cobertura sanitaria exportable desde sus países de residencia³³.

titulares de los citados derechos», que en realidad es uno, el derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria.

³¹ Acerca de la naturaleza y elementos de la figura del tercero obligado de la prestación sanitaria, cfr. Gómez Zamora (2018: 308-312).

³² Así lo pone de manifiesto la 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».

³³ 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 2.º 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 residan fuera de España por más de noventa días. Pero es que

- 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 cuáles hay que hacerlo y cómo, o cuál es la vía a la que se refiere el precepto.

Ante estas imprevisiones, algunas organizaciones reconocen que para acceder al derecho de asistencia sanitaria y a la tarjeta sanitaria, muchas 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» (que acredite que no se tiene derecho a la tarjeta sanitaria europea). 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 a desplazarse a su país de origen para obtenerlo, lo que sería imposible cuando estas se encuentran en situación administrativa irregular³⁴.

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 como 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

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» (2018), 13 de agosto, Madrid. Disponible en: <http://bit.ly/2BWC3Di>.

³⁴ Cfr. el Informe de la *Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER Es urgente garantizar la sanidad...*, ob. cit.

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, al igual que los pensionistas o perceptores de cualquier otra prestación periódica de la seguridad social. De otro lado, se mantiene el sistema de copago para acceder a determinadas prestaciones sanitarias, como la farmacéutica ambulatoria. Es más, para esta prestación, 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 julio³⁵, 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 encontrarse.

El apartado 3.º 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 2.º no tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos». Obviamente, la suscripción de este convenio especial es voluntaria. Antes de la reforma del Decreto Ley 7/2018, los extranjeros en situación irregular eran uno de los posibles destinatarios de este tipo de convenios. A partir de la reforma, este colectivo podrá acceder a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, siempre que cumplan los requisitos exigidos por el también modificado art. 3 ter LCCSNS.

IV. LA EXTENSIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA A LOS EXTRANJEROS QUE SE ENCUENTREN EN ESPAÑA SIN PERMISO DE RESIDENCIA

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 1.º 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

³⁵ Publicado en el BOE núm. 177, de 25 de julio de 2015.

extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España»³⁶. Ahora bien, esta equiparación inicial entre españoles y extranjeros sin autorización de residencia aparece condicionada, en el apartado 2.º del art. 3 ter LCCSNS 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 una utilización indebida del derecho, aunque, por su redacción imprecisa, pueden dar lugar también a una interpretación restrictiva y limitadora de su ejercicio. 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 atención 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 irregular³⁷.

³⁶ En la sesión de convalidación del Decreto Ley 7/2018, la diputada 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 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». Se cuestiona, incluso, si un «ciudadano rico americano» podría también tener derecho a las prestaciones sanitarias por el hecho de empadronarse y residir a España. Responde que «si eso no es así, señora ministra, si usted ha puesto condiciones en el decreto para que eso no sea así cuando habla de terceros obligados al pago [en el apartado 2.º], 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.

³⁷ Coincido con lo manifestado en el Informe del colectivo Yo Sí Sanidad Universal (ob. cit.), cuando se afirma que los requisitos mencionados «están redactados de manera

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 habitual³⁸. Condición que, hasta ahora, sí era requerida por algunas normas autonómicas que ampliaban la atención sanitaria a los extranjeros en situación irregular (exigían el empadronamiento por un periodo de tres meses a un año)³⁹. Para 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»⁴⁰; medios que, desde hace tiempo, vienen siendo aceptados en algunas comunidades autónomas, como la Comunidad Foral de Navarra o la Comunidad Valenciana⁴¹. Aun así, aunque solamente sea a los efectos de

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». El informe menciona la existencia de casos de exclusión de atención sanitaria de personas procedentes de Rumanía, Marruecos, Brasil, Argentina, e incluso de Italia, por la exigencia de pruebas que se erigen en «barreras infranqueables» para acceder al derecho. Por ello se propone sustituir la exigencia del certificado de no exportación del derecho por una declaración responsable de que no procede dicha exportación.

³⁸ Sobre la exigencia de este requisito, véase la STC 17/2013, de 31 de enero, y el trabajo de Aguado i Cudolà (2013: 1 y ss.).

³⁹ Por ejemplo, el art. 2.3.a) del Decreto vasco 114/2012, de 26 de junio, lo fijaba en un año; mientras que el art. 7 de la Ley extremeña 7/2016, de 21 de julio, establecía tres meses. Sin embargo, la Ley catalana 9/2017, de 27 de junio, exigía, en su art. 2.3, el empadronamiento, pero sin concretar un periodo de tiempo mínimo.

⁴⁰ Cfr. el Informe de la Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDER (ob. cit.).

⁴¹ En Valencia, el art. 6.2 del Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, exigía estar empadronado con residencia efectiva en algún municipio de la Comunidad Valenciana un mínimo de tres meses. Si bien el Decreto 169/2017, de 3 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla el Decreto ley 3/2015, de 24 de julio, preveía en el art. 3.1.a), que en el caso de que se justificara la imposibilidad de presentar el

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, durante el embarazo, el parto y el postparto, y de los menores de 18 años. Era una norma que contemplaba una atención mínima a colectivos de extranjeros especialmente vulnerables, cuya protección está reconocida en tratados internacionales suscritos por España⁴².

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 18 años. Más aún si se tiene en cuenta que estando vigente el art. 3 ter en la redacción introducida por la reforma del Decreto 16/2012, se detectaron en algunas comunidades autónomas casos de facturas emitidas por atender a menores de edad y a embarazadas, incluso en urgencias⁴³.

certificado de empadronamiento, este «podrá ser sustituido por un informe de la policía local o de cualquier servicio oficial (servicios sociales, centro escolar) que sea conocedor que la persona reside efectivamente» en la Comunidad (Decreto Ley 3/2015 que fue declarado inconstitucional por la STC 145/2017, de 14 de diciembre). En Navarra, el artículo único, apartado 2.º, de la Ley Foral 8/2013 ya disponía que se entendía por residencia en Navarra 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» (ley foral que fue declarada también inconstitucional por la STC 17/2018, de 22 de febrero).

⁴² Cfr. el art. 25, apartado primero, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 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, 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).

⁴³ Véase., el *Informe anual 2014 del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales* (2015: 297 y ss.), disponible en <http://bit.ly/2BTl8kK>, y el *Informe anual 2015 del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales* (2016: 352-353), disponible en: <http://bit.ly/2Wqwoi5>.

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 motivos⁴⁴.

El apartado 4.º 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. Con una singularidad 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). Como ya se ha dicho, se echa de menos la fijación de un porcentaje inferior de copago para los casos de personas en situación de vulnerabilidad socioeconómica extrema⁴⁵.

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 a las que se les reconozca la prestación asistencial. De la utilización de ese término parecería deducirse que dichas personas no dispondrían de la «tarjeta sanitaria individual», sino de un documento 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

También puede consultarse el monográfico *Las urgencias hospitalarias en el Sistema Nacional de Salud: derechos y garantías de los pacientes* (2015, 47 y ss.), Defensor del Pueblo, disponible en: <http://bit.ly/2BW41yY> (2015: pp. 47 y ss.).

⁴⁴ Estas personas recibirán, mientras permanecieran 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 continúan vigentes, dado que no han sido derogadas por la disposición derogatoria única del Decreto Ley 7/2018.

⁴⁵ No obstante, el Tribunal Constitucional, en las SSTC 98/2004, de 25 de mayo y 136/2012, de 19 de junio, FJ 5, considera que corresponde al Estado, por formar parte del núcleo de lo básico, determinar no solo cuáles sean las prestaciones sanitarias, sino también si estas «pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o “copago”)».

autónomas la competencia para regular todo lo relativo a la solicitud y expedición de ese documento acreditativo. Competencia que, por otro lado, ya venían ejerciendo, pues la mayoría de ellas, al aprobar las normas que extendían la atención sanitaria a los extranjeros residentes ilegalmente en España, habilitaban 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 había sucedido hasta ahora. Volveremos sobre ello en el apartado siguiente.

El segundo inciso del apartado 4.º 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 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 Social⁴⁶, 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 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 empadronarse⁴⁷.

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)

⁴⁶ Cfr. los arts. 25.bis.1 y 2 y 30 LODYLE, sobre el visado de estancia y la situación de estancia, respectivamente.

⁴⁷ Véase el informe del colectivo *Yo Sí Sanidad Universal* (ob. cit.), 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.

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» suficiente⁴⁸. 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.

V. LA REFORMA DEL DECRETO LEY 7/2018 QUE PRETENDE HOMOGENEIZAR 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, 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, como también se ha reconocido, habían sido impugnadas y anuladas, la mayoría de ellas, por el Tribunal Constitucional⁴⁹. Según hemos visto, 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 CE⁵⁰. Por el

⁴⁸ *Ibid.* Por ello, en opinión de Panizo Robles (2018: nota 16), la estancia temporal mencionada en esta norma se refiere a la establecida para «el colectivo de inmigrantes y solicitantes de asilo, en tanto se realizan los trámites de identificación y chequeo médico», previos a la determinación de su situación administrativa en España.

⁴⁹ Acerca de las normas autonómicas que, con la finalidad de universalizar la sanidad, ampliaron la asistencia sanitaria a los colectivos excluidos por el Decreto Ley 16/2012, véanse *infra* las notas 5 y 6. Sobre las sentencias del Tribunal Constitucional que resolvieron los recursos de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia presentados por el Gobierno de la nación, véase la nota 9.

⁵⁰ La intervención del Gobierno de la nación para coordinar y armonizar las actuaciones desarrolladas por las comunidades autónomas se pone de manifiesto también por la ministra de Sanidad en la sesión de convalidación del Decreto Ley 7/2018 en el Congreso. Cfr. el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ob. cit., p. 28.

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»⁵¹, en el que —añado— las comunidades autónomas tienen competencia exclusiva.

El art. 3.ter.1 LCCSNS, que devuelve a los extranjeros sin autorización de residencia la titularidad del derecho a la atención sanitaria pública en las mismas condiciones que los españoles, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado 2.º del art. 3.ter LCCSNS, es 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 autónomas⁵². En consecuencia, estas tienen que aplicar el art. 3.ter LCCSNS y modificar las normas aprobadas antes de la reforma del Decreto Ley 7/2018 —cuando no fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional o ilegales por los tribunales ordinarios⁵³—, o aprobar otras para desarrollarla y adecuarlas a su contenido.

⁵¹ Véase en la citada sesión de convalidación del Decreto Ley 7/2018 en el Congreso la intervención de la diputada Angulo Romero, por el Grupo Parlamentario Popular. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, ob. cit., p. 40. La propuesta de criterios mínimos en la que estaba trabajando el Gobierno del Partido Popular constaba en 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», que el Ministerio de Sanidad entregó a los representantes de las comunidades autónomas, el día 2 de septiembre de 2015, en una reunión de carácter técnico en la Comisión de Prestaciones, Aseguramiento y Financiación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. En realidad, el Consejo Interterritorial de Sanidad no llegó a convocarse. De ese documento gubernamental (que no fue acogido por la mayoría de los representantes de las comunidades autónomas) no se supo nada más. Cfr., al respecto Delgado del Rincón (2019: 229-234).

⁵² Sobre las concepciones «cuantitativa» y «cualitativa» de las bases en la materia de la determinación subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria, que puede ser mejorada o no por las comunidades autónomas, véase, entre otros, Marzal Yetano (2017: 148-152); Arzo Santisteban (2016: 228-229); De La Quadra-Salcedo (2017: 27), y Delgado del Rincón (2018b: 32-38, 2019: 243-251 y 257-274).

⁵³ Como sucedió con 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 ámbito de gestión

El art. 3.ter.1 LCCSNS 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, 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. Ahora bien, al cederse a las comunidades autónomas la competencia para regular el procedimiento relativo a la solicitud y expedición de un documento certificativo que identifique a los extranjeros no residentes legalmente (art. 3.ter.4, primer inciso LCCSNS), 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 de 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 o más meses). Esta situación podría originar de nuevo una regulación diversa y desigual del derecho a la atención sanitaria de los extranjeros sin residencia legal que pondría en entredicho uno de los objetivos de la reforma del Decreto Ley 7/2018, la homogeneización y armonización de la fragmentada normativa autonómica⁵⁴.

El art. 3.ter.4 LCCSNS guarda también silencio sobre otros aspectos que podrían dar lugar a un desarrollo normativo autonómico diferente como los relativos al periodo de tiempo por el que se otorgaría el documento identificativo del derecho⁵⁵; o su ámbito territorial de validez⁵⁶.

del Servicio de Salud de las Illes Balears, que fue anulada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, de 5 de septiembre de 2017.

⁵⁴ Ya hemos citado como ejemplo de esa disparidad normativa anterior al Decreto Ley 7/2018, en relación con el requisito del empadronamiento en el municipio de una comunidad autónoma por un tiempo determinado; el art. 2.3.a) del Decreto vasco 114/2012, de 26 de junio, que lo fijaba en un año; o el art. 7 de la Ley extremeña 7/2016, de 21 de julio, que lo concretaba en tres meses.

⁵⁵ También este aspecto era regulado de forma diferente en la normativa autonómica anterior al Decreto Ley 7/2018. Así, por ejemplo, el art. 10 del Decreto Ley valenciano 3/2015 otorgaba al documento identificativo una vigencia de dos años, renovables mediante la acreditación de los mismos requisitos documentados; mientras que la instrucción primera de la Instrucción del director general del Servicio de Salud de las Islas Baleares, de 17 de julio de 2015, lo facilitaba por períodos de doce meses prorrogables, si persistían las circunstancias que lo motivaron.

⁵⁶ La totalidad de las normas autonómicas anteriores al Decreto Ley 7/2018 determinaban que el documento identificativo solamente era válido en el ámbito geográfico de la

Estas y otras cuestiones debieran ser reguladas en una norma reglamentaria que, para homogeneizar el desarrollo normativo autonómico, dispusiera las ambigüedades y supliera las insuficiencias que contiene el Decreto Ley 7/2018⁵⁷. De momento, para salir del paso, el Ministerio de Sanidad ha elaborado un documento que ha remitido a las comunidades autónomas para que desarrollen y ejecuten el art. 3.ter.4 LCCSNS, reformado por el Decreto Ley 7/2018. Se trata de unas «Recomendaciones para el procedimiento de solicitud, registro y expedición del documento certificativo que acredita a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan residencia legal en territorio español, para recibir asistencia sanitaria»⁵⁸. Aunque su objetivo es «garantizar la homogeneidad en el desarrollo del procedimiento», como simples «recomendaciones» que son, las comunidades autónomas no están obligadas a cumplirlas en sentido estricto. Veamos algunas consideraciones sobre su contenido.

- a) En relación con la documentación que ha de acompañarse a la solicitud de acreditación del acceso a la asistencia sanitaria, ante las dificultades existentes en algunos casos para disponer de un documento (en vigor o no) que acredite la identidad del solicitante, se admite como válida la presentación de la «cédula de inscripción de indocumentados emitida por la Dirección General de Policía del Ministerio del Interior» (3.ª.1.a).
- b) Las recomendaciones ministeriales introducen un requisito que, como se ha dicho antes, no está contemplado en el Decreto Ley 7/2018: la presentación de «un certificado de empadronamiento actual en la Comunidad prestadora de la asistencia sanitaria» que acredite la residencia efectiva en el territorio español por un periodo previo de «tres meses»⁵⁹. No obstante, y como también se ha mencionado anteriormente, si el solicitante tiene dificultades para acreditar su residencia mediante el certificado de empadronamiento, puede aportar otros documentos oficiales: «carta de viaje expedida

comunidad autónoma para la que se expedía. Cfr., por ejemplo, el art. 8 del Decreto Ley valenciano 3/2015 y el art. 2 de la Ley extremeña 7/2016, de 21 de julio.

⁵⁷ En cumplimiento de la disposición final primera, que «habilita al Gobierno para aprobar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de lo previsto en este real decreto-ley».

⁵⁸ Disponible en la página web de la Fundación Salud por Derecho: <http://bit.ly/2q60Sty>.

⁵⁹ Para el colectivo Yo Sí Sanidad Universal, esta condición supone considerar *de facto* a toda persona extranjera sin permiso de residencia como en situación de «estancia temporal» mientras no consiga «la prueba (el padrón)» y, mientras no la obtenga, no podrá «ver reconocido su derecho aunque lleve mucho más de tres meses residiendo en territorio estatal» (véase el Informe de Yo Sí Sanidad Universal, ob. cit.).

- por el consulado, inscripciones en colegios, registro de visitas a servicios sociales, documento expedido por ONGs» (3.^a.1.b).
- c) Por lo que se refiere a la acreditación de que no existen terceros obligados al pago, ante las dificultades de los solicitantes para obtener de su país de origen el documento que lo pruebe, ha de valorarse positivamente que las recomendaciones permitan su acreditación mediante una «declaración responsable del solicitante» (3.^a.1.d).
 - d) Las recomendaciones imponen también el procedimiento para el reconocimiento del derecho en los casos de los «menores no registrados ni autorizados como residentes en España», así como para «las mujeres no registradas ni autorizadas que soliciten asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto» (3.^a.3). Al respecto ya hemos considerado que estos supuestos debieran de incluirse en la Ley y no en un reglamento o en meras recomendaciones.
 - e) Además del procedimiento normal u ordinario, las recomendaciones introducen un «procedimiento especial» o extraordinario para aquellas personas solicitantes que tengan dificultades para «justificar los requisitos exigidos», e incluso también para los demandantes que «se encuentren en situación de estancia temporal». A estas personas podrá reconocérseles el derecho a la asistencia sanitaria tras un informe social favorable emitido por una «Unidad de Trabajo Social», que valorará las «circunstancias sociales» y «de necesidad» en que se encuentre la persona interesada y la documentación que aporte (4.^a)⁶⁰.

La mayoría de las comunidades autónomas han adoptado el contenido de las recomendaciones ministeriales, aprobando algunas de ellas determinadas instrucciones o circulares internas dirigidas a las correspondientes unidades administrativas del servicio de salud autonómico para gestionar el procedimiento de acceso a la asistencia sanitaria de los extranjeros no autorizados como residentes en España⁶¹.

⁶⁰ En opinión del colectivo Yo Sí Sanidad Universal (ob. cit.), «este procedimiento de excepcionalidad y [de] 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», acercándose «a la lógica de la beneficencia».

⁶¹ Al ser la mayoría de ellas instrucciones internas, no se han publicado oficialmente. Si acaso, pueden encontrarse en las páginas web de los servicios de salud autonómicos. Cfr., por ejemplo, las «Instrucciones sobre el procedimiento de acceso a la asistencia sanitaria universal para las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Aragón» (s. f.), disponibles en: <http://bit.ly/2MZxjmA>; la «Instrucción de la Gerencia de Atención

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio, es aprobado por el Gobierno de Pedro Sánchez para cumplir una promesa electoral, la implantación de un modelo de sanidad universal. Supone una ruptura clara y un avance respecto de la anterior reforma regresiva introducida por el Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, que, por motivos económicos, dejaba fuera del sistema sanitario público a varios colectivos de personas. Sin embargo, la redacción apresurada del Decreto Ley 7/2018, las imprecisiones que contiene y las dificultades, singularmente económicas, para establecer una sanidad universal global e integral hacen que los objetivos perseguidos por la reforma sean difícilmente alcanzables: restituir la atención sanitaria a los colectivos excluidos y armonizar la diferente normativa autonómica existente para acabar con la situación de inseguridad jurídica y la desigualdad generada en el acceso a la asistencia sanitaria pública.

Así, tras reconocerse en el art. 3.1 LCCSNS el derecho a la asistencia sanitaria a todo ciudadano residente en el territorio español, los demás apartados condicionan su ejercicio efectivo al cumplimiento de determinados requisitos redactados de forma ambigua e imprecisa. Estas imprevisiones dan pie a que las Administraciones sanitarias autonómicas interpreten restrictivamente dichos requisitos, limitando el derecho de acceso a la asistencia sanitaria. Así sucede, por ejemplo, con la presentación de un certificado que acredite la no exportación del derecho, cuya obtención puede ser dificultosa, incluso para los extranjeros residentes legalmente en España. Lo mismo ocurre con las personas extranjeras sin permiso de residencia, tras la modificación del art. 3 ter LCCSNS por el art. 1.3 del Decreto Ley 7/2018. El art. 3.ter.1 LCCSNS les atribuye la titularidad del derecho a la atención sanitaria en las mismas condiciones que a los nacionales. Sin embargo, el apartado 2.º condiciona su ejercicio al cumplimiento de determinados requisitos, que se redactan en sentido negativo y de modo impreciso: 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 los casos, las personas afectadas

Primaria del Servicio Navarro de Salud, de diciembre de 2018, sobre trámites para el acceso al sistema nacional de salud de las personas extranjeras, residentes no autorizadas ni registradas» (no publicada); o la «Información sobre las modalidades de acceso á asistencia sanitaria en Galicia, de abril de 2019», que incomprensiblemente, para las personas extranjeras que residen en España de forma ilegal, se remite al Programa Galego de Protección Social da Saúde Pública, disponible en: <http://bit.ly/2MYUDkA>.

difícilmente podrán conseguir 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 ellos de forma irregular.

En relación con los extranjeros en situación administrativa irregular, el Decreto Ley 7/2018 ha suprimido la atención sanitaria en los casos especiales de urgencia por enfermedad grave o accidente; de las mujeres embarazadas, durante el embarazo, el parto y el postparto, y de los menores de 18 años. Consideramos, por el contrario, que debiera incluirse en el art. 3 LCCSNS (y no en una norma reglamentaria) un apartado que blinde legalmente la asistencia sanitaria en dichos supuestos que afectan, además, a colectivos vulnerables. En nuestra opinión, constituyen el contenido nuclear mínimo del derecho a la protección de la salud que se ajusta perfectamente a lo previsto en normas internacionales suscritas por España.

Otro de los objetivos del Decreto Ley 7/2018 es homogeneizar la normativa autonómica. Objetivo que pudiera no lograrse al cederse a las comunidades autónomas la competencia para regular el procedimiento de solicitud y expedición de un documento certificativo que identifique a los extranjeros no residentes legalmente. Ante las imprecisiones normativas del Decreto Ley 7/2018, existe el riesgo de que las comunidades autónomas al regular dicho procedimiento interpreten de modo diferente los requisitos del art. 3.ter.2 LCCSNS. Para evitar esta situación y homogeneizar la normativa autonómica, el Ministerio de Sanidad ha publicado unas simples e insuficientes recomendaciones, si bien es preciso aprobar una norma reglamentaria que desarrolle el Decreto Ley 7/2018 y supla las ambigüedades e insuficiencias que contiene.

Bibliografía

- Aguado i Cudolà, V. (2013). 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/eapc-rcdp/2013/04/23/>.
- y Prado Pérez, R. (2014). 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*, 99-100, 87-110.
- Aprell Lasagabaster, C. (2013). El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto Ley16/2012, 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*, 32, 1-23.
- Aragón Reyes, M. (2016). *Uso y abuso del decreto-ley. Una propuesta de reinterpretación constitucional*. Madrid: Iustel.
- Arzo Santisteban, X. (2016). ¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de delimitación de competencias? *Revista d'estudis autonòmics i federals*, 23, 201-234.

- Beltrán Aguirre, J. L. (2012). 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*, 3, 191-207.
- Carmona Contreras, A. M. (2013). El decreto-ley en tiempos de crisis. *Revista catalana de dret públic*, 47, 1-20.
- De La Quadra-Salcedo Janini, T. (2017). 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*, 46, 1-31.
- Delgado del Rincón, L. E. (2014). 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*, 163, 189-231
- (2018a). El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular: reflexiones críticas sobre la reciente jurisprudencia constitucional acerca de las restricciones introducidas por el Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, 287-314. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.112.09>.
- (2018b). La concepción de lo básico en la determinación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria. *Revista Vasca de Administración Pública*, 112, 19-47
- (2019). *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Zamora, L. J. (2018). Comentario del Real Decreto 7/2018 de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-la Mancha*, 15, 281-330.
- Hernández Ramos, M. (2017). 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*, 109, 119-143.
- Jimena Quesada, L. (2014). 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 C. L. Mellado, L. Jimena Quesada y M. C. Salcedo Beltrán. *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica* (pp. 297-299). Albacete: Bomarzo.
- (2018). Artículo 43. El derecho a la salud. En P. Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz (dirs.) y C. Montesinos Padilla (coord.). *Comentario a la Constitución española: 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I (Preámbulo a artículo 96) (pp. 829-842). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martín Rebollo, L. (2015). Uso y abuso del Decreto-Ley (un análisis empírico). *Revista Española de Derecho Administrativo*, 174, 23-92.
- Marzal Yetano, E. (2017). Crisis y competencia por la competencia: el ejemplo de la inmigración. *Revista de Derecho Político*, 98, 121-158. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.98.2017.18653>.
- Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á. (2017). 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*, 2, 177-186.
- Montilla Martos, J. A. (2006). La legislación básica tras las reformas estatutarias. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 78, 116.
- (2018). La doctrina del Tribunal sobre las bases. Competencias cada vez menos comparadas. *Blog de la Revista catalana de dret públic*. Disponible en: <https://bit.ly/2OONG6N>.
- Panizo Robles, J. A. (2018). *El acceso a la asistencia sanitaria pública se configura como derecho universal al margen del sistema de la seguridad social*. Disponible en: <https://bit.ly/2VJ-qqR7>.
- Rojo Torrecilla, E. (2018). *Seis años de diferencia. Seis años de desprotección sanitaria de los inmigrantes en situación irregular que ahora se corrige. Texto comparado de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y del Real Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud*. Disponible en: <https://bit.ly/32YV04c>.
- Sagarra i Trias, E. (2012) ¿Puede limitarse el derecho al acceso a la sanidad pública sin debate parlamentario previo? *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 30, 207-222.
- Sangüesa Ruíz, N. (2017). 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*, 1, 233-247.
- Sobrino Guijarro, I. (2017). Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud a la luz de la STC 139/2016. *Ius et Scientia*, 1, 79-88. Disponible en: <https://doi.org/10.12795/IETSCIENTIA.2017.i01.08>.
- Solanes Corella. Á. (2014). La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica. *Derechos y Libertades*, 31, 127-162.
- Solozabal Echevarría, J. J. (2006). La noción estatutaria de la legislación básica como pretexto. En L. Ortega Álvarez, J. J. Solozábal Echavarría y X. Arbós i Marín. *Legislación básica y Estatutos de Autonomía* (pp. 76-86). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2019). Prólogo al libro de L.E. Delgado del Rincón. *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch.