

Pre-print – Rodríguez-Rico Roldán, V., “Titulares y beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, Monereo Pérez, J. L.; Rivas Vallejo, P.; Moreno Vida. M. N.; Vila Tierno, F.; Álvarez Cortés, J. C. (dirs.), Fernández Ramírez, M. y Pedrosa Alquézar, S. I. (coords.), Tomo I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 1071-1114.

TITULARES Y BENEFICIARIOS DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

Victoria Rodríguez-Rico Roldán

Profesora Contratada Doctora Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO: I. Algunas consideraciones introductorias sobre la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria en el contexto de la actual crisis sanitaria, II. El ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias como objeto de continuas reformas, III. La doctrina constitucional acerca de la competencia en la definición de los titulares del derecho a la asistencia sanitaria, IV. El derecho a la asistencia sanitaria de los nacionales y extranjeros con residencia legal: especial referencia a los requisitos de efectividad, 1. Nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español, 2. Derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, 3. Residencia legal y habitual en el territorio español sin la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, V. El reconocimiento y control del derecho a la asistencia sanitaria: implicaciones competenciales, VI. El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación administrativa irregular, VII. El carácter fragmentado del reconocimiento normativo: especial referencia a los solicitantes de protección internacional, VIII. Conclusiones

I. Algunas consideraciones introductorias sobre la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria en el contexto de la actual crisis sanitaria

La emergencia sanitaria asociada a la pandemia del COVID-19 ha puesto de manifiesto, entre tantas otras cosas, el valor esencial de la salud y la importancia (más bien urgencia) de asegurar la igualdad de todas las personas en el acceso al sistema sanitario. Siendo muchas y variadas las dimensiones afectadas por esta crisis con impacto a nivel económico, político, laboral y social, la relativa a la salud, que además constituye el centro de atención del presente trabajo, merece un detenido análisis. En concreto, y en clave de salud colectiva, estos tiempos han evidenciado los riesgos que, para el conjunto de la población, suponen las fisuras en la cobertura sanitaria. No en vano, la OIT ha

destacado que el acceso universal a los servicios sanitarios constituye uno de los pilares fundamentales en la lucha contra el COVID-19¹. En este sentido, conviene recordar que, en sus respuestas a las situaciones de crisis, los Estados deben tratar de garantizar el acceso efectivo a una atención de salud esencial y a otros servicios sociales básicos, en particular para los grupos de población y las personas a los que la crisis ha hecho particularmente vulnerables (Recomendación núm. 205 sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia, del año 2017).

La equidad en salud pública pasa, *en tiempos de coronavirus* más que nunca, por la garantía de un sistema sanitario verdaderamente universal. Y ello porque la existencia de restricciones en el ámbito subjetivo de cobertura de dicho sistema limita las posibilidades de diagnóstico y atención sanitaria, de restauración de la salud mermada o perdida, representando a la postre una amenaza a la salud de todos. Se pone, así, en evidencia, la unidad que caracteriza la protección de la salud como un bien jurídico integrador, conformado por una vertiente individual y otra colectiva que quedan ineludiblemente vinculadas. Precisamente dicho carácter integral se propugna tanto en el reconocimiento constitucional como en la regulación legal del derecho. El cometido que desempeñan los poderes públicos en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 43 CE no se limita a la articulación de una atención al paciente tendente al restablecimiento de la salud cuando deviene la enfermedad, pues igualmente ocupan un papel principal las actuaciones orientadas a eludir precisamente la aparición de aquella. En este sentido, el art. 46.b) LGS configura como característica fundamental del Sistema Nacional de Salud la organización adecuada para prestar una “atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación”. Se trata de ir más allá de la noción de protección de la salud en clave exclusivamente individual o asistencial, abordando a su vez el necesario prisma preventivo mediante las técnicas propias de salud pública. En la conjunción de ambas esferas, individual y colectiva, reside la lógica del concepto de la protección de la salud como un todo.

Los tiempos que vivimos no solo han supuesto un desafío a la tutela de la salud de la sociedad en su conjunto, pieza básica de cualquier política social, sino que han contribuido a aumentar la vulnerabilidad de colectivos en una situación ya de por sí precaria. A los obstáculos administrativos o lingüísticos que venían sorteando, se han sumado los derivados de las limitaciones inherentes a una gestión más o menos acertada y de un cambio en las prioridades de la política sanitaria. Se entenderá, así, que el Acuerdo por la reactivación económica y el empleo incida en la necesidad del refuerzo de nuestros servicios públicos en los distintos niveles de la Administración, especialmente sanidad y atención a nuestros mayores, claves ante una situación de emergencia sanitaria. Ya se sabe que el componente igualitario que trae consigo la articulación del Estado social en el ámbito sanitario no es la garantía de un estado de salud óptimo a todos los individuos, sino la condición subjetiva común de ser titulares del derecho a la protección de la salud, en virtud del cual, aquellos pueden reclamar frente a los poderes públicos la provisión de la asistencia sanitaria precisa para obtener el disfrute del “más alto nivel posible de salud”, por expresarlo en los términos empleados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12).

¹ OIT: *El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas*, marzo de 2020.

El art. 43 CE, tras reconocer en su apartado primero el derecho a la protección de la salud, encomienda en el segundo a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de “medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”, añadiendo que “la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”. En el cuidado de la salud convergen, pues, tanto las medidas preventivas, como las correspondientes prestaciones, de forma que la asistencia sanitaria constituye un elemento básico en el concepto constitucional de la protección de la salud. Dicho de otra forma, este derecho impone a los poderes públicos una obligación negativa, en el sentido de que han de abstenerse de poner en peligro la salud de la población, así como una positiva, referida tanto a la ejecución de las acciones y programas que protejan la salud colectiva, como al establecimiento de un sistema sanitario que dispense la correspondiente asistencia a quienes la necesitan.

La lectura conjunta de los apartados primero y segundo del art. 43 CE demuestra que existe una relación inmediata entre el derecho reconocido al individuo y la prestación a la que quedan vinculados los poderes públicos. Precisamente, la referencia a los poderes públicos que, a estos efectos, contiene el segundo apartado del precepto, implica el sentido colectivo en que quedan obligados los mismos en la organización y tutela de la salud pública, lejos de constituir una atribución genérica de competencia². Es decir, la razón de ser de la obligación prestacional que se atribuye a estos poderes públicos reside en el derecho que se ha reconocido a “todos” y cuya efectividad se persigue. Las prestaciones de salud pública son aquellas en las que mejor se evidencia la vocación de universalidad propia de nuestro modelo de asistencia sanitaria, pues su materialización repercute a favor de toda la población. De ahí que sean las empleadas para abrir la relación de prestaciones del art. 7 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante, LCC)³. Si bien todas las prestaciones son potencialmente universales, lo cierto es que, en el momento de la ejecución, son las de salud pública las realmente globales, al tener por destinatario al conjunto de la población.

II. El ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias como objeto de continuas reformas

La universalización de la asistencia sanitaria ha estado en entredicho a cuenta de las reformas y contrarreformas de la que ha sido objeto el derecho en los últimos años, principalmente en el ámbito que sirve de título a este capítulo. La acometida por el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, constituye la más reciente. Aunque su contenido alcanza a más elementos que el relativo a la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria, bien puede considerarse este el centro de la reforma acometida. Sin perjuicio de que más adelante habrá ocasión de proceder a un análisis detallado, valga por el momento apuntar que la norma no llega a consolidar el carácter universal del sistema prestacional sanitario, por más que la rúbrica de la misma quiera expresar lo contrario. En cualquier caso, y a pesar de que el ámbito subjetivo de cobertura sanitaria adolece actualmente de exclusiones desatendidas por la última reforma, sí es cierto que el Real Decreto-ley 7/2018 mejora la regulación existente hasta entonces. Recuérdese que el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, protagonizó una controvertida restricción en la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria. El

² PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución”, en AA. VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, p. 332.

³ LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 106.

conjunto de individuos con acceso gratuito a las prestaciones sanitarias se vio reducido en gran medida, fundamentalmente mediante la introducción de un límite de veintiséis años de edad para que los descendientes pudiesen ostentar la condición de beneficiarios, la exclusión de los parados que se desplazasen al extranjero por un periodo superior a noventa días y, muy significativamente, la de los extranjeros en situación administrativa irregular⁴.

Tales exclusiones rompieron con la universalidad que se había configurado como uno de los principios cardinales de nuestro sistema sanitario. Y lo hicieron a pesar de los Tratados Internacionales y normas europeas que reconocen la asistencia sanitaria como un derecho inherente al ser humano y que aluden reiteradamente a “toda persona” a la hora de proclamar la titularidad del mismo. El Real Decreto-ley 7/2018 precisamente reprocha desde su Exposición de Motivos la regulación que sustituye cuando señala que, a la luz de la normativa internacional, tanto supranacional como europea, no cabe en el ámbito de este derecho “introducción de elemento discriminatorio alguno, ni en general ni en particular, en relación con la exigencia de regularidad en la situación administrativa de las personas extranjeras”.

En este sentido, desde diversas instancias internacionales se había puesto de manifiesto la contradicción entre la proyección universalista de los compromisos internacionales asumidos por España y las reformas restrictivas en materia sanitaria⁵. Significativamente, el Comité Europeo de Derechos Sociales, en las Conclusiones XX-2 publicadas en enero de 2014, afirmó que la exclusión de los extranjeros mayores de dieciocho años del acceso a los servicios sanitarios resultaba contraria al art. 11 de la Carta Social Europea. A este respecto, recordó que, al suscribir la misma, las Partes “han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones aptas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la Seguridad Social, el derecho a la asistencia social y médica, y el derecho a los servicios sociales”, concluyendo sobre esta base que “la crisis económica no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta. Los Gobiernos deben por tanto adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efectivamente garantizados en el momento en el que la necesidad de protección se hace sentir más”. El Comité Europeo de Derechos Sociales sostuvo, en definitiva, que la crisis económica no puede servir como pretexto para la restricción o denegación del acceso a los servicios sanitarios, afectando a la esencia misma del derecho a la protección de la salud. En cualquier caso, en sus Conclusiones XXI-2 de diciembre de 2017, el Comité valora de forma positiva tanto la mención que contenía expresamente la normativa anterior a la asistencia de urgencia a los extranjeros en situación irregular como el hecho de que las Comunidades Autónomas atendieran los casos que quedaban sin cobertura legal, señaladamente los mayores de veintiséis años y los extranjeros en situación administrativa irregular.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus Observaciones finales de 6 de junio de 2012, recomendó al Estado español asegurar que,

⁴ A pesar de tales exclusiones, el sistema sanitario se mantenía casi completamente universal, cubriendo el 99,1 por ciento de la población. Véase BERNAL-DELGADO, E.; GARCÍA-ARMESTO, S.; OLIVA, J.; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. I.; REPULLO, J. R.; PEÑA-LONGBARDO, L. M.; RIDAO-LÓPEZ, M.; HERNÁNDEZ-QUEVEDO, C.: *Spain: Health system review. Health Systems in Transition*, 2018, vol. 20, núm. 2, p. 120.

⁵ SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “De vuelta con el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares”, *Revista de Derecho Social*, núm. 85, 2019, p. 117.

de conformidad con la Observación General N° 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no limitasen el acceso de las personas que residiesen en el Estado parte a los servicios de salud, “cualquiera sea su situación legal”. En sus Observaciones finales de 25 de abril de 2018, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vuelve a mostrar su preocupación por el efecto regresivo en cuanto al disfrute del derecho a la salud que había tenido el Real Decreto-ley 16/2012, al limitar el acceso a los servicios de salud respecto de los extranjeros en situación irregular y al implicar una degradación en la calidad de los servicios sanitarios incrementado las disparidades entre las Comunidades Autónomas. Sin embargo, y en lo que constituye una evidencia de que la reforma sanitaria del año 2018 no recuperó la plena universalidad de la cobertura, el Presidente y la Relatora para el seguimiento de las observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han calificado en junio de 2020 como insuficiente el progreso constatado a este respecto⁶. Si bien valoran positivamente la publicación del Real Decreto-ley 7/2018, al corregir varios de los retrocesos que había implicado la reforma de 2012, reprochan que dicha norma no supera todas las restricciones, pues prevé un desarrollo normativo por las Comunidades Autónomas que aún está pendiente y con lo cual se mantienen algunas de las situaciones de exclusión previas a la aprobación del Real Decreto-ley 7/2018. Igualmente, estiman que la regulación actual establece ciertas condiciones que constituyen barreras para los extranjeros en situación irregular, sin superar los retrocesos de la norma anterior, ya que introduce dos requisitos para las personas extranjeras en situación administrativa irregular: la obligación de probar que la persona lleva en España más de tres meses y la no existencia de un tercero obligado al pago. Estas exigencias, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, representan barreras que impiden el acceso efectivo a la atención sanitaria para muchas personas.

En cualquier caso, la reforma del año 2012 no solo suscitó dudas desde el enfoque internacional, pues también resultó controvertida a la luz del texto constitucional. En concreto, fueron numerosos los recursos de inconstitucionalidad y conflictos positivos de competencia promovidos en el ámbito de las prestaciones sanitarias⁷. De ahí que la polémica reforma sanitaria supusiese una espléndida oportunidad para que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre cuestiones hasta entonces nunca antes sometidas a su deliberación. De hecho, ha llegado a reconocer que “es la primera vez que se plantea ante este Tribunal de un modo directo la cuestión de la naturaleza de la regulación básica del elemento subjetivo del Sistema de Salud” [STC 134/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017, 134)].

La primera sentencia dictada a propósito de la reforma sanitaria fue la STC 139/2016, de 21 de julio (RTC 2016, 139), la cual no resolvió la validez de dicha reforma en el sentido que muchos deseaban y llegaron a pronosticar, máxime si se tiene en cuenta que el ATC 239/2012, de 12 de diciembre (RTC 2012, 239), había reconocido años atrás que el derecho a la protección de la salud en su vertiente individual y colectiva en el marco

⁶ Disponible en

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/ESP/INT_CESCR_FUL_ESP_42482_S.pdf

⁷ SSTC 139/2016, de 21 de julio (RTC 2016, 139); 33/2017, de 1 de marzo (RTC 2017, 33); 63/2017, de 25 de mayo (RTC 2017, 63); 64/2017, de 25 de mayo (RTC 2017, 64); 97/2017, de 17 de julio (RTC 2017, 97); 98/2017, de 20 de junio (RTC 2017, 98); 99/2017, de 20 de julio (RTC 2017, 99); 134/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017, 134); 145/2017, de 14 de diciembre (RTC 2017, 145); 2/2018, de 11 de enero (RTC 2018, 2); y 17/2018, de 22 de febrero (RTC 2018, 17).

constitucional “no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”. Rompiendo buena parte de presagios y pronósticos, la sentencia señalada avaló finalmente la constitucionalidad de la reforma sanitaria.

En dicha resolución, el Tribunal Constitucional reconoce al legislador un amplio margen de configuración con relación al art. 43 CE “en tanto que precepto incluido en el capítulo III del título I”⁸. En el marco de lo que se considera un “derecho de configuración legal”, se asigna al legislador la función de regular el contenido del derecho a la protección de la salud en lo que atañe a las condiciones de acceso a las prestaciones sanitarias, para seguidamente afirmarse que “es un derecho susceptible de ser modulado en su aplicación a los extranjeros”. De forma expresa, la resolución llega a defender que “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 como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español”. Luego, según el criterio del Tribunal Constitucional, “dentro del margen del legislador de establecer sus prioridades, la norma examinada no responde a una opción arbitraria, sino a la preservación de 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”.

Así pues, tratándose de un derecho de configuración legal, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo y, en ese sentido, la reforma responde a una “lícita opción del legislador” que queda dentro del margen de configuración que le es propio. En este sentido, el Tribunal Constitucional no reprocha transgresión alguna de la universalización legislativamente proclamada, a la que considera “más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas”. De ahí que termine por aseverar que la pretensión de universalidad acogida por el art. 43 CE 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”.

III. La doctrina constitucional acerca de la competencia en la definición de los titulares del derecho a la asistencia sanitaria

Como se ha mencionado anteriormente, la reforma sanitaria de 2012 supuso una ruptura con la proyección universalista que había presidido la titularidad del derecho, para recuperar la noción de aseguramiento que caracterizó la génesis del sistema prestacional sanitario. De ahí que un buen número de Comunidades Autónomas opusieran resistencia frente a la reforma estatal, anulando los efectos de la misma mediante la aprobación de

⁸ Al respecto, DÍEZ RODRÍGUEZ, J. R.: *El derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 22.

normas que reconocían un acceso universal en sus respectivos servicios de salud⁹. Puede afirmarse, así, que el reto planteado con la restrictiva reforma sanitaria tuvo indudables implicaciones de índole competencial, en tanto en cuanto son abundantes los Estatutos autonómicos que, contrariamente a lo establecido en ella, aluden a una protección de la salud “universal” o “para todas las personas”.

A partir de tales proclamaciones estatutarias, no fueron pocas las Comunidades que decidieron extender el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias en sus territorios¹⁰, al tiempo que promovieron conflictos de competencia e interpusieron recursos de inconstitucionalidad contra la controvertida medida estatal. Se entenderá así que, de un tiempo a esta parte, hayan sido numerosos los pronunciamientos que resuelven las distintas impugnaciones en la materia. La cuestión central y común a todos ellos estriba en determinar si las Comunidades Autónomas tienen o no margen, dentro del ámbito de sus propias competencias, para modificar el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria, ampliando la cobertura de quienes fueron excluidos de la misma por la legislación estatal. Dicho de otro modo, el Tribunal Constitucional ha tratado de resolver si, en el Sistema Nacional de Salud establecido para todo el territorio del Estado, el derecho de acceso a la cartera de prestaciones sanitarias debe tener el mismo nivel de cobertura subjetiva, algo que era cuestionado en las normativas autonómicas que habían optado por contradecir la reforma estatal con el fin de garantizar el acceso a la asistencia sanitaria de los colectivos excluidos por aquélla.

El caso del País Vasco es sumamente ilustrativo, pues tan solo dos meses después de la publicación del Real Decreto-ley 16/2012, 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, en el que, desoyendo la reforma operada, seguía manteniendo la asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación administrativa irregular. En concreto, reconocía el acceso a las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud a 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. El art. 2 de la norma exigía el cumplimiento simultáneo de los siguientes requisitos: empadronamiento 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, tres meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria¹¹; 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; así como no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título. Frente a dicha norma, el Gobierno de la Nación interpuso conflicto positivo de competencia al entender que el Decreto vasco incurría en una inconstitucionalidad mediata, por vulneración de la normativa básica estatal que

⁹ A título ilustrativo, la Orden 9 de febrero de 2016, de la Consejería de Sanidad, de acceso universal a la atención sanitaria en Castilla-La Mancha.

¹⁰ RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación*, Comares, Granada, 2016, pp. 99-103.

¹¹ El periodo de empadronamiento previo fue modificado por el Decreto 252/2017, de 21 de noviembre, pasando del año previsto en el Decreto de 2012 a tres meses, al considerar la norma de reforma que “la actual exigencia de un año viene a constituir un importante escollo para el acceso a la asistencia sanitaria de un importante colectivo de personas”.

desarrolla las competencias estatales previstas en los apartados 1, 16 y 17 del art. 149.1 CE a partir de la modificación operada en la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos prevista por la norma estatal.

En el mismo año en que vio la luz la controvertida norma estatal, el Tribunal Constitucional dictó el Auto 239/2012, de 12 de diciembre (RTC 2012, 239), por el que levantó la suspensión que pesaba desde la admisión de dicho conflicto sobre la vigencia de aquellas disposiciones del Decreto vasco atinentes al ámbito subjetivo de cobertura de la asistencia sanitaria. Entre las razones esgrimidas por el Tribunal, se argumentaba que el ejercicio de 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, luego “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 si de forma respetuosa o no con el contenido de la legislación básica”. En concreto, el Tribunal Constitucional recalca la función que compete a los poderes públicos en el sentido de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, añadiendo que la indubitada relevancia (“importancia singular”, en términos del Tribunal) del derecho a la protección de la salud en su vertiente individual y colectiva en el marco constitucional “no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”. Debe prevalecer, pues, la protección del bien jurídico salud sobre cualquier estrategia de contención del gasto público. Y es que la exclusión subjetiva del colectivo inmigrante irregular, según el mencionado Auto, “repercutiría no sólo en su estado de salud individual sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto-contagiosas, afectando seriamente a la salud de toda la sociedad”.

Si se compara la argumentación empleada en este Auto con la fundamentación jurídica de la Sentencia que resolvió finalmente el conflicto, la STC 134/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017, 134), se advierte un cambio de postura en el Tribunal, basado esencialmente en las normas competenciales que contiene la Constitución. Como viene haciendo en pronunciamientos anteriores relativos a la materia sanitaria, el Tribunal Constitucional procede a valorar el alcance de la normativa básica estatal respecto al ámbito subjetivo del derecho de asistencia sanitaria, esto es, se centra en determinar si la Comunidad Autónoma se ha excedido en el ejercicio de las competencias que le reconoce el art. 18 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, invadiendo la competencia del Estado conferida en el artículo 149.1.16 CE o, por el contrario, se ha circunscrito a su ámbito competencial de desarrollo y ejecución. Ninguna referencia, por tanto, a la protección de la salud como derecho humano básico, algo que sí encontrábamos en el Auto recién señalado. Ciertamente, la STC 134/2017 (RTC 2017, 134) adopta un enfoque exclusivamente competencial desde el cual trata de determinar si el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias debe tener el mismo ámbito subjetivo de cobertura en todo el Sistema Nacional de Salud.

Partiendo de la naturaleza básica (formal y materialmente) del conjunto de preceptos que delimitan el concepto de quiénes han de tener acceso al sistema sanitario, la Sentencia descende a valorar si dicha normativa básica estatal colma en su integridad el ámbito subjetivo del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias. La respuesta que proporciona el Tribunal Constitucional es afirmativa. En concreto, considera que el art. 3 LCC “tiene una clara vocación de exhaustividad, toda vez que el eje central sobre el que se asienta el derecho a las prestaciones sanitarias viene delimitado por los conceptos nucleares de asegurado y beneficiario, que son los títulos jurídicos que habilitan para el ejercicio de aquel derecho”. La reforma que acometió el Real Decreto-ley 16/2012 en los

criterios de determinación de la titularidad del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias supone a juicio del Tribunal Constitucional que, a la hora de delimitar quién tenga derecho a la prestación sanitaria, “las diferentes Comunidades Autónomas, en cuanto administraciones sanitarias que tienen a su cargo el desarrollo normativo y la función ejecutiva de la prestación sanitaria, hayan de adecuar necesariamente sus regulaciones a los conceptos de asegurado y de beneficiario en la forma y con los límites configuradores que establece aquella normativa estatal básica, de tal manera que no puedan extender el ámbito subjetivo de la relación prestacional más allá de los límites que configura el artículo 3 de la Ley 16/2003” (FJ 5).

Por tanto, si bien en el ámbito objetivo del derecho a la asistencia sanitaria, las bases dejan un margen de mejora a las Comunidades Autónomas, no cabe sostener lo mismo, según criterio del Tribunal Constitucional, respecto de la determinación de quienes pueden ser titulares. Tras constatar que la norma vasca extiende la asistencia sanitaria a aquellos que, no habiendo quedado integrados en la condición de asegurado o de beneficiario conforme al Sistema Nacional de Salud, hubieran obtenido su tarjeta sanitaria antes del 24 de abril de 2012, fecha de la entrada en vigor de la nueva norma, concluye la existencia de contradicción con la normativa básica estatal, ya que mientras que aquélla les reconoce indefinidamente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, ésta última únicamente lo limita temporalmente hasta el 31 de agosto de 2012, de tal manera que, a partir de esa fecha y conforme a la normativa estatal, tales personas habrían perdido el derecho de acceso a la cobertura sanitaria financiada con fondos públicos. El Decreto vasco, en definitiva, “se aparta de la normativa estatal con objeto de desarrollar y ampliar el ámbito subjetivo de cobertura que ésta no contempla y extenderlo a diferentes colectivos de personas que, conforme al Sistema Nacional de Salud, quedarían fuera de su protección como asegurados o beneficiarios” (FJ 6.a).

El caso del País Vasco no resultó aislado. Por su parte, la Comunidad Foral de Navarra 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 establece el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad, norma cuya vigencia y aplicación fue objeto de suspensión a raíz de un conflicto positivo de competencia también promovido por el Gobierno de la Nación. La norma exigía en su artículo único la residencia habitual en un municipio de Navarra con una antigüedad mínima de un año, al tiempo que imponía la contribución a su financiación con una cuota de participación de 764,46 euros al año, para las personas de hasta 64 años de edad, y de 2.675,62 euros, para las personas de 65 y más años de edad.

Más tarde, con objeto de aportar mayor seguridad jurídica, se aprobó 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, contra la que se interpuso recurso de inconstitucionalidad. Esta norma derogó el Decreto Foral 640/1996, arriba referido, así como sus modificaciones y disposiciones de desarrollo, entendiéndose incluido entre éstas el Decreto Foral 117/2012. El texto legal de 2013, tras proclamar en su Exposición de Motivos que pretendía “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”, disponía en su artículo único 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, nacionalidad o situación legal o administrativa¹².

Lo cierto es que la norma legal referida mostraba plena coherencia con el art. 11 de 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, en la que se enuncia 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, reconociendo expresamente que “también se extiende a los inmigrantes que residan en los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa”. Frente a la Ley Foral 8/2013, como se ha indicado líneas arriba, se interpuso recurso de inconstitucionalidad por parte del Presidente del Gobierno. El Tribunal Constitucional acordó en el Auto 114/2014, de 8 de abril (RTC 2014, 114), levantar la suspensión de las disposiciones relativas a la ampliación subjetiva de la asistencia sanitaria, así como mantener la suspensión de la disposición adicional por la que se reconocía a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario navarro, esgrimiendo prácticamente las mismas argumentaciones que ya empleó en el anterior ATC 239/2012, de 12 de diciembre (RTC 2012, 239)¹³. El recurso fue resuelto en la STC 17/2018, de 22 de febrero (RTC 2018, 17), que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley Foral 8/2013. En concreto, se trataba de una inconstitucionalidad mediata, en tanto en cuanto la norma autonómica no vulneraba directamente la Constitución, sino que lo hacía de manera secundaria o derivada, por infringir una norma de rango infraconstitucional dictada por el Estado en el ejercicio de sus propias competencias.

Tras afirmar que la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que manejaba el art. 3 LCC en su anterior redacción, el Tribunal Constitucional advierte la contradicción entre la normativa estatal y la autonómica navarra. Y ello porque esta última, al disponer en su artículo único 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, nacionalidad o situación legal o administrativa”, se opone al reconocimiento de acceso a la asistencia sanitaria previsto en la norma estatal. En este sentido, en la sentencia se aduce que el art. 3 bis de la LCC determina que, una vez reconocida la condición de asegurado o de beneficiario del mismo, el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual. La condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud, condición que tienen aquellos a los que se refería el artículo 3 LCC en su anterior redacción, quedaba acreditada con la tarjeta sanitaria individual. Luego “la norma foral, al extender la cobertura sanitaria de los titulares de tarjeta sanitaria individual del Sistema Nacional de Salud a todos aquellas personas que acrediten, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el empadronamiento, que

¹² La citada Ley entendía por “residencia” 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.

¹³ Señaladamente, sostiene el Tribunal Constitucional que el mantenimiento de la suspensión consagraría en el tiempo la limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias (FJ 8).

el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno en Navarra, resulta incompatible con la regulación estatal”.

Entre los pronunciamientos más destacables dictados en el marco de la oposición autonómica a la reforma sanitaria, es preciso referirse también a la STC 145/2017, de 14 de diciembre (RTC 2017, 145). Sentencia que estima el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra 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 norma valenciana tenía un objeto claro y evidente, a saber, extender el acceso a las prestaciones sanitarias, en igualdad de condiciones de acceso y calidad que el resto de la población asegurada, a aquellas personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España y con residencia efectiva en la Comunidad Valenciana, que no tuviesen la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y que no pudiesen exportar el derecho a cobertura sanitaria desde sus países de origen, ni existiese un tercero obligado a pago.

En línea coherente con la doctrina establecida en la STC 134/2017, de 16 de noviembre (RTC 2017, 134), el Tribunal Constitucional estima que el Decreto-ley 3/2015, al reconocer el acceso a las prestaciones sanitarias de una serie de colectivos que no se encuentran identificados como asegurados o beneficiarios en la normativa básica estatal, entra en contradicción efectiva e insalvable con la norma básica estatal. En la sentencia se asevera que la norma autonómica acomete de forma expresa “una ampliación de la cobertura sanitaria en el ámbito subjetivo de las prestaciones no contemplado por la normativa estatal, que como hemos señalado, incluye entre los sujetos que tienen la condición de asegurados a los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, pero no a los que no están registrados ni autorizados como residentes en España”. En consecuencia, al no atender al criterio de lo básico establecido en la norma estatal, el Decreto-ley 3/2015 es declarado inconstitucional y nulo por vulneración del artículo 149.1.16 CE.

Por su parte, la STC 2/2018, de 11 de enero (RTC 2018, 2), resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra determinadas disposiciones de la Ley 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social, de la Comunidad Autónoma de Extremadura; en concreto, declara inconstitucionales y nulas aquellas disposiciones recogidas bajo un Título de nomenclatura poco aséptica: “Universalización de la atención sanitaria en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura”. Los preceptos impugnados determinaban el alcance subjetivo y objetivo de la universalización, las prestaciones asistenciales y farmacéuticas incluidas, los requisitos para solicitar el acceso, el procedimiento, la asignación de centro y de médico y los supuestos de exclusión. En concreto, extendían el acceso a las prestaciones sanitarias a las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España y con residencia efectiva en la Comunidad extremeña, que no tuviesen la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y que no pudiesen exportar el derecho a cobertura sanitaria desde sus países de origen, ni existiese un tercero obligado a pago.

Basándose en la misma argumentación empleada en las SSTC 134/2017 (RTC 2017, 134) y 145/2017 (RTC 2017, 145), el Tribunal Constitucional sostiene en este asunto que “la determinación de la condición de asegurado y beneficiario establecida en el art. 3 LCC cumple la doble exigencia de ser formal y materialmente básica, pues se encuentra recogida en una norma con rango de ley y tal determinación ha sido considerada por la doctrina constitucional como materialmente básica”. Tras lo cual aduce que, al reconocer

la norma impugnada el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias de una serie de personas que no tienen la condición de asegurados o beneficiarios según la normativa básica estatal, entra en contradicción “efectiva e insalvable por vía interpretativa” con la norma básica referida. Y es que, no cabe olvidar, la normativa estatal, en su anterior redacción, incluía entre los sujetos que tienen la condición de asegurados a los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, pero no a los que no estaban registrados ni autorizados como residentes en España.

IV. El derecho a la asistencia sanitaria de los nacionales y extranjeros con residencia legal: especial referencia a los requisitos de efectividad

Tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 7/2018, el art. 3 LCC retoma la terminología que acogía el precepto con anterioridad a la versión de 2012, y vuelve a aludir a la titularidad del derecho (“titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria”), enmendando así la rúbrica precedente y referida a “la condición de asegurado”. La norma, en su redacción actual, se desvincula del modelo de aseguramiento instaurado con la reforma anterior¹⁴. Valiéndose de otro Real Decreto-ley (en esto la práctica legislativa no ha cambiado), la reforma del 2018 hace una distinción entre la titularidad del derecho y su efectividad con cargo a fondos públicos, lo que parece seguir lo expresado por el Tribunal Constitucional, según el cual “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” [STC 139/2016, de 21 de julio (RTC 2017, 63)]. Y es que a renglón seguido de reconocer como titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a “todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español”¹⁵, la norma recoge los supuestos de los que hace depender la efectividad del derecho y cuyo análisis se acomete en los siguientes epígrafes.

¹⁴ Se valida el empleo de la terminología de asegurado y beneficiario únicamente a los efectos de lo previsto en las normas internacionales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social y en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (disposición adicional única del Real Decreto-ley 7/2018). El concepto de asegurado se vincula a aquellas personas que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 LCC. Por su parte, tienen la condición de beneficiarios de dichas personas, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que debe acreditar la inscripción oficial correspondiente, 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 65 por ciento, siempre que cumplan los siguientes requisitos: 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; así como no encontrarse en alguno de los siguientes supuestos de los regímenes de la Seguridad Social: ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado y en situación de alta o asimilada a la de alta; ostentar la condición de pensionista de dichos regímenes en su modalidad contributiva; ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de dichos regímenes.

¹⁵ Las personas con derecho a la asistencia sanitaria en España en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que comprendan la prestación de asistencia sanitaria, tendrán acceso a la misma, siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas.

En cualquier caso, y como preveía la LCC con anterioridad a la reforma de 2018, aquellas personas que, por no cumplir los requisitos previstos en la misma, carecen del derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, pueden obtener dicha prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Convenio por el que a cambio de la correspondiente cuota (cuota mensual de 60 euros, si el suscriptor tiene menos de sesenta y cinco años, y de 157 euros, si tiene sesenta y cinco o más años), se accede a las prestaciones exclusivamente de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud¹⁶, quedando fuera las propias de la cartera común suplementaria y la de servicios accesorios, lo que no parece ajustado al mandato contenido en el art. 3.3 LCC que, sin distinciones entre prestaciones, alude a “la asistencia sanitaria”. Las Comunidades Autónomas pueden, en todo caso, suplir esta deficiencia de contenido, incorporando en el convenio especial otras prestaciones asistenciales propias de su carteras de servicios complementarias.

El art. 3 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, establece los requisitos para la suscripción del Convenio especial. En concreto, el precepto alude a la acreditación de la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial; el empadronamiento, 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; así como la imposibilidad de 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. Se ha achacado el poco éxito que ha tenido este Convenio hasta la fecha al hecho de que su coste resulta similar, o incluso superior en algunos casos, al de un seguro privado y también a que los destinatarios principales (hasta la reforma del año 2018, los extranjeros en situación administrativa irregular) carecían de recursos para costear la suscripción correspondiente¹⁷.

La exigencia del abono de la correspondiente cuota de un convenio especial se traduce en un doble pago de la asistencia sanitaria, pues se superpone al que se materializa en la financiación vía impuestos de la misma. De ahí que haya llegado a ser considerado un trato desigual “sin justificación objetiva”¹⁸. Ciertamente, dado que las prestaciones sanitarias derivadas de contingencias comunes son financiadas con cargo a presupuestos y no a cotizaciones de la Seguridad Social, aquellos sujetos a los que la regulación normativa deja fuera del acceso al sistema y desean incorporarse al mismo son

¹⁶ En la cartera común básica quedan comprendidas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realizan en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente (art. 8 bis LCC). Se trata, empleando los conceptos manejados en este texto legal, de las prestaciones de salud pública, atención primaria, atención especializada, sociosanitaria y de urgencia. El criterio de selección de las mismas para su inclusión en la cartera de servicios asistenciales responde a la total cobertura de su provisión por la financiación pública.

¹⁷ LÓPEZ ZAMORA, L. J.: “Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud”, *Gabilex*, núm. 15, 2018, p. 325.

¹⁸ BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “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 AA. VV.: *Derecho y salud en la Unión Europea*, PÉREZ GÁLVEZ, J. F. y BARRANCO VELA, R. (Dirs.), Comares, Granada, 2013, p. 135.

compelidos a una doble aportación (vía impuestos y vía convenio especial) que difícilmente satisface los cánones de la razonabilidad.

La reforma acometida por el Real Decreto-ley 7/2018 no llegó a alterar (como tampoco hizo la reforma anterior) el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantienen sin modificaciones su régimen jurídico específico. Sin que la norma dispense (tampoco esta vez) justificación alguna de esta regla especial, otorga a dichas personas la posibilidad de optar entre recibir la asistencia sanitaria en el marco organizativo del Sistema Nacional de Salud, o bien hacerlo a través de las entidades privadas con las que conciertan las respectivas mutualidades (MUFACE, MUGEJU o ISFAS) la prestación de servicios médicos, en lo que bien puede ser considerado una quiebra en la equidad del sistema público sanitario. Por más que la disposición final tercera de la Ley General de Sanidad instara a este respecto a una integración de la asistencia sanitaria de las Mutualidades en el Sistema Nacional de Salud, las normas posteriores han mantenido los regímenes específicos, sin enmendar tales duplicidades en la cobertura sanitaria (disposición adicional sexta de la LGSP). Así pues, las personas encuadradas en dichas mutualidades que hayan optado por recibir asistencia sanitaria a través de las entidades de seguro han de ser atendidas en los centros sanitarios concertados por estas entidades. En caso de recibir asistencia en centros sanitarios públicos, el gasto correspondiente a la asistencia prestada debe ser reclamado al tercero obligado.

1. Nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español

El art. 3.2.a) LCC garantiza el acceso efectivo a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a los nacionales españoles que tengan residencia habitual en el país, si bien obvia cualquier concreción de los requisitos de permanencia para entender que concurre dicha habitualidad. Desaparecen, así, en la nueva regulación, las referencias hasta entonces previstas a la condición de asegurado y beneficiario y con ellas la alusión a ciertos requisitos relativos a la edad, vinculación con el sistema de Seguridad Social o ingresos económicos, por citar algunos ejemplos.

Según dispone el art. 51.3 LGSS, para el mantenimiento del derecho a las prestaciones sanitarias en las que se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones tiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero, siempre que estas no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año natural¹⁹. Luego los desempleados de larga duración que se desplazan a un país extranjero por un período superior a noventa días pierden su derecho de acceso a la asistencia sanitaria, rompiéndose la idea de equiparación que rezuma el art. 17 de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior. Esta previsión, concebida en un principio para evitar que los ciudadanos de la Unión que trabajaron en España y generaron su derecho a la asistencia sanitaria pudieran seguir recibiendo tratamiento en sus países de origen con cargo a la sanidad pública española cuando decidieran volver a ellos, despliega efectos indeseables al dejar carentes de cobertura a cuantos parados sin subsidio alguno optan por trasladarse

¹⁹ El origen de esta previsión se encuentra en el séptimo apartado de la disposición final cuarta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, que introdujo una disposición adicional sexagésimo quinta en la anterior Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).

a otro país con el propósito de buscar trabajo. Lo anterior supone una doble penalización, fundada tanto en la situación de desempleo como en el propio desplazamiento.

Se trata, en definitiva, de una norma que incide en la vinculación laboral como requisito del reconocimiento del derecho de acceso a la asistencia sanitaria, lo cual no deja de ser paradójico porque el desempleo es la causa de la emigración de un gran número de personas y, al tiempo, el motivo normativamente aducido para la exclusión sanitaria. La vinculación del derecho a la asistencia sanitaria a la *residencia habitual* en España afectó, por tanto, de forma directa a un elevado número de personas obligadas a abandonar el país como consecuencia de la crisis económica, los altos índices de desempleo y la consiguiente falta de oportunidades. El fin de su estipulación fue un eventual ahorro económico que ni siquiera ha sido concretado, como tampoco ha podido demostrarse el importe que supone para las arcas públicas españolas la atención sanitaria de cuantas personas residen en el extranjero.

Fue la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública la norma que por primera vez extendió la cobertura sanitaria a las personas que han agotado la prestación o el subsidio de desempleo (disposición adicional sexta). Esta extensión, efectiva desde el 1 de enero de 2012, resultó en todo caso tan tardía como insatisfactoria, pues además de no extenderse el derecho a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles, sino sólo a los españoles residentes en el territorio nacional, la extensión del derecho a la asistencia sanitaria a los colectivos distintos a los parados sin desempleo quedaba condicionada a la evolución de las cuentas públicas, así como a la aprobación de un reglamento que fijase los términos y condiciones de la extensión²⁰.

Si, transcurrido el plazo de noventa días, no se cumplen los requisitos para obtener atención sanitaria en el país al que se traslada el interesado, éste carecería de cobertura sanitaria al no poder contar con ella en España. De ahí que muchas de las personas que emigran descarten la inscripción consular en los países a los que se desplazan. El periodo de tres meses, sin necesidad de gran argumentación, es excesivamente breve para que el emigrante logre cobertura sanitaria en el país de destino. En unos casos, noventa días no es tiempo suficiente para encontrar empleo; en otros, los trámites burocráticos del sistema ralentizan la consecución de la condición de asegurado²¹. La garantía plena de la tan predicada universalidad de la asistencia sanitaria (tanto que la reforma de 2018 la proclama desde su mismo título) exigiría el mantenimiento de la cobertura sanitaria para los españoles que emigran hasta el momento en que encuentren empleo o adquieran la titularidad del derecho en el país de destino.

2. Derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico

En su art. 3.2.b), la LCC garantiza el acceso efectivo a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a cuantos tengan reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español y siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia. La regulación atinente a la condición de “tercero obligado al pago”²² persigue evitar

²⁰ Consúltense BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato ínsito en el artículo 43 de la Constitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012, *BIB 2012\67*.

²¹ Aun cuando existe un sistema sanitario público, no es posible acceder al mismo de forma gratuita hasta que no se han concretado algunos trámites en el país de acogida.

²² Según dispone el art. 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, “los

destinar fondos adscritos a la sanidad pública cuando las prestaciones sanitarias al paciente estén ya cubiertas por otros mecanismos, sean públicos o privados, es decir, cuando deban ser asumidas por quien tiene la obligación legal o contractual de hacerlo [STS, Sala Tercera, de 19 de mayo de 2020 (RJ 2020, 1190)].

Precisamente la sentencia recién citada resulta relevante en el ámbito de la condición de tercero obligado al pago. En dicha resolución se trata de determinar si un centro sanitario privado, por su régimen jurídico específico y por no suscribir un contrato de seguro de salud con el paciente ni recibir una prima a cambio de prestar una asistencia médica integral a diferencia de las entidades aseguradoras sanitarias, puede ser considerado como “tercero obligado al pago” de acuerdo con la normativa vigente. En el caso de las aseguradoras de salud, si los pacientes deciden su traslado a un hospital público, cabe considerar que las mismas sí estarían utilizando un recurso público para llevar a cabo una obligación legal o contractual asumida y, por lo tanto, sin soportar los costes de mantener esos medios necesarios. Es precisamente en estas situaciones donde, según argumenta el Alto Tribunal, la norma encuentra su finalidad y sentido, y es la propia lógica del sistema de terceros obligados la que exige que esas prestaciones sanitarias sean asumidas precisamente por quien tiene la obligación legal o contractual de prestarlas, como es el caso de una Aseguradora o Mutualidad. Sin embargo, un hospital privado que deriva o facilita el traslado de pacientes a un hospital público no puede ser considerado tercero obligado al pago de la asistencia sanitaria que se les haya prestado, salvo en aquellas asistencias sanitarias prestadas por el hospital público cuya atención corresponda al hospital privado conforme al convenio o concierto suscrito con la respectiva administración sanitaria.

El supuesto recogido en el art. 3.2.b) LCC se encuentra vinculado con el art. 26 del Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados. El precepto reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los españoles de origen residentes en el exterior que retornen a España así como los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia y los pensionistas españoles de origen residentes en el exterior en sus desplazamientos temporales a España cuando, de acuerdo con las disposiciones de la legislación de Seguridad Social española, las del Estado de procedencia o las normas o Convenios Internacionales de Seguridad Social establecidos al efecto, no tuvieran prevista esta cobertura.

Asimismo, tanto los familiares de los españoles de origen retornados que se establezcan con ellos en España, como los de los pensionistas y trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia españoles de origen, residentes en el exterior, que les acompañen en sus desplazamientos temporales a España, gozan del derecho a la asistencia sanitaria en España, a través del Sistema Nacional de Salud, cuando, de acuerdo con las disposiciones de Seguridad Social española, las del Estado de procedencia o las normas o Convenios internacionales de Seguridad Social establecidos al efecto, estos familiares no tuvieran prevista esta cobertura. A tales efectos, la norma reglamentaria establece de forma expresa que se entiende que son familiares con derecho a asistencia sanitaria: el cónyuge o pareja de hecho; así como los descendientes o los de su cónyuge o los de su pareja de

servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX. Procederá asimismo la reclamación del importe de los servicios a los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud, admitidos como pacientes privados, conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Sanidad”.

hecho, que estén a su cargo y sean menores de veintiséis años o mayores de dicha edad con una discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 65 por ciento. Este último requisito contrasta con la regulación del sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad que, por no desarrollar una actividad laboral, no están incluidos en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social. Y es que el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre reconoce como titulares de, entre otras prestaciones, la farmacéutica y la asistencia sanitaria, a las personas a las que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

El ámbito subjetivo de aplicación de la regulación que se viene comentando resulta restrictivo. En efecto, el art. 26 del Real Decreto reconoce el derecho a la asistencia sanitaria exclusivamente a los españoles de origen retornados y a los trabajadores y pensionistas también de origen, residentes en el exterior y desplazados temporalmente a territorio nacional, así como a los familiares de los anteriores que se establezcan con ellos o les acompañen, cuando no tuvieran prevista esta cobertura. Por tanto, de un lado, no se contempla la cobertura de cuantos se encuentren en situación de desempleo y se desplacen temporalmente a España (de nuevo la vinculación laboral como requisito de acceso). De otro, quedan igualmente excluidos los españoles cuya nacionalidad no es de origen, lo que desatiende a la realidad migratoria.

Si bien el precepto parece inequívoco, el Defensor del Pueblo resolvió una queja planteada por una trabajadora española no de origen residente en Estados Unidos, que mostraba su disconformidad por no tener derecho a la asistencia sanitaria en sus desplazamientos temporales a España. La institución se dirigió al Instituto Nacional de la Seguridad Social a fin de conocer si podría realizarse una interpretación extensiva de la citada norma, que permitiera ampliar la cobertura sanitaria a ciudadanos españoles residentes en el exterior y retornados, cuya nacionalidad no fuera de origen. A juicio de la entidad gestora, en el tenor literal del citado art. 26 no se aprecia que quepa incluir a los españoles que hayan obtenido la nacionalidad por opción, por carta de naturaleza o por residencia, ya que si el legislador hubiera querido ampliar esta cobertura sanitaria lo habría previsto expresamente y le habría bastado con utilizar el término “nacionalidad española” para fijar el ámbito de aplicación subjetivo de la norma.

Resulta de sumo interés el criterio del Defensor del Pueblo pues, no sin razón, argumenta que las leyes que regulan la titularidad de la asistencia sanitaria no distinguen en modo alguno entre españoles de origen o naturalizados, por lo que la diferenciación introducida en el Real Decreto mencionado líneas arriba supone una discriminación que va más allá de la intención del legislador y resulta contraria al contenido del art. 14 de la Constitución española, por el que se reconoce la igualdad de los españoles ante la ley. Las diferentes vías de acceso a la nacionalidad no justifican que, desde el momento en que se adquiere y mantiene la nacionalidad española, pueda darse un trato diferenciado o limitarse el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición, como sucede en el caso del derecho a la protección de la salud. La distinción que se hace entre españoles de origen y no de origen contradice la normativa general de sanidad y de protección de los españoles en el exterior.

En este sentido, el Defensor del Pueblo termina por considerar que la diferenciación entre nacionales de origen y no de origen para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en España de los residentes en el exterior y retornados resulta contraria a las normas que regulan la protección a la salud, en las que se integra a todos los españoles, limita el principio de universalidad que configura nuestro Sistema Nacional de Salud, carece de justificación objetiva y razonable y vulnera el principio de igualdad ante la ley. De ahí que con fecha de 11 de noviembre del año 2016 emitiese una Recomendación de

modificación del art. 26 del Real Decreto 8/2008 a fin de permitir a los españoles no de origen y a sus familiares, el reconocimiento del derecho a la atención sanitaria en España en los mismos términos que se establecen en dicha norma para los españoles de origen. A pesar de las bondades de la propuesta de modificación, ésta no se ha producido hasta la fecha.

3. Residencia legal y habitual en el territorio español sin la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía

El art. 3.2.c) LCC garantiza el acceso efectivo a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a los extranjeros que cuenten con residencia legal y habitual en el territorio español y no tengan la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía. Sobre este aspecto, hay que tener en cuenta las previsiones específicas que introdujo la Orden SND/421/2020, de 18 de mayo, por la que se adoptan medidas relativas a la prórroga de las autorizaciones de estancia y residencia y/o trabajo y a otras situaciones de los extranjeros en España, en aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. La norma prevé que las ausencias del territorio español ocasionadas por la situación del COVID-19 no serán tenidas en cuenta a efectos de computar la continuidad de la residencia, con el fin de evitar que la imposibilidad de regresar a España por el cierre de fronteras terrestres y aéreas perjudique de forma negativa su estatus regular en el país. En concreto, el art. 7 dispone que “a los efectos de considerar acreditada la continuidad de residencia, no se computarán las ausencias del territorio español como consecuencia de la imposibilidad de retornar a España por el COVID-19”. Asimismo, la Orden procedió a prorrogar las autorizaciones temporales de residencia y/o trabajo. En su art. 1, la norma señala que las autorizaciones temporales de residencia y/o trabajo, cuya vigencia expirase durante la vigencia del estado de alarma y sus sucesivas prórrogas o hubiese expirado en los noventa días naturales previos a la fecha en que se decretó, quedarían automáticamente prorrogadas, sin necesidad de emisión de una resolución individual para cada una de ellas por la Oficina de Extranjería. Iniciándose dicha prórroga automática al día siguiente de la caducidad de la autorización y extendiéndose hasta que transcurriesen seis meses desde la finalización del estado de alarma.

El 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 Económico Europeo, cuyos términos fueron modificados por el Real Decreto-ley 16/2012 y mantenidos inalterados por la reforma de 2018, dispone en su apartado primero, letra b), que todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un período superior a tres meses si dispone, para sí y 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. Por tanto, el requisito que se les exige para que su residencia sea legal impide el reconocimiento mismo de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

Resulta de gran relevancia en este ámbito una serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo, en los que se asevera que el requisito de no tener “cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía” no se cumple cuando se ha obtenido una residencia temporal por reagrupación familiar. Centrándonos en las más recientes al respecto, en las

SSTS de 19 de enero de 2021 (JUR 2021, 39005) y 14 de enero de 2021 (JUR 2021, 39028) se trata de determinar si debe reconocerse el derecho a la asistencia sanitaria pública a un ciudadano extranjero al que se le ha otorgado tarjeta de residencia temporal por reagrupación familiar y que no dispone de un seguro médico público o privado con cobertura en España. Reiterando solución previamente alcanzada en las SSTs 15 de diciembre 2020 (RJ 2020\5565), 10 de diciembre de 2020 (RJ 2020, 5554) y 13 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2878; RJ 2019, 2883; RJ 2019, 2190 y RJ 2019, 2354²³), el Alto Tribunal recuerda que el art. 7 del Real Decreto 240/2007, aplicable a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles²⁴, configura el derecho de reagrupación haciéndolo depender de unas condiciones legales que deben cumplirse necesariamente para poder residir en España, figurando entre las mismas, en los casos que aquí interesa de familiares a cargo del ciudadano solicitante, que este suscriba un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España del familiar, sin que en ningún caso la residencia de éste pueda generar una carga para la asistencia social del país.

Según asevera el Tribunal Supremo, cuando el solicitante es extranjero con residencia legal, la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos solo se otorga en el caso de que no se tenga cubierta dicha prestación de forma obligatoria por otros cauces, públicos o privados. En otras palabras, si hay un tercero obligado a cubrir dicha protección o existe una norma que así lo imponga o que tal prestación venga siendo atendida en virtud de otros aseguramientos públicos, ya no se cumplen las exigencias para que el sistema público deba atender lo que ya está cubierto. Y esto es lo que sucede en los supuestos en que un familiar a cargo de un reagrupante ha obtenido la residencia legal por tal vía. Dicho familiar tiene cubierta la asistencia sanitaria por el reagrupante, que debe mantenerla durante todo el tiempo de residencia legal como dinámica propia e inescindible del derecho. Y esta cobertura debe ser calificada de obligatoria en tanto que viene impuesta legalmente y con permanencia durante todo el tiempo de residencia del reagrupado en el Estado de acogida. Si ello es así, la protección que se pide con cargo a los fondos públicos es innecesaria por estar ya cubierta por otra vía legal, aunque sea a cargo de un tercero que se ha obligado a dar cumplimiento a esa exigencia normativa. En definitiva, si el familiar se encuentra residiendo legalmente en España por reagrupación familiar, el Alto Tribunal concluye que no está desprotegido en materia de asistencia sanitaria al tener una cobertura obligatoria por otra vía distinta a la pública.

La atención sanitaria a las personas ascendientes reagrupadas permanece como una cuestión sin resolver en la reforma operada por el Real Decreto-ley 7/2018. Si bien dicha norma no resulta de aplicación en los pronunciamientos citados líneas arriba, por motivos temporales, nada hace suponer que de haberse aplicado la solución alcanzada habría sido distinta. Y es que la reforma acometida por dicha norma desaprovechó la oportunidad de rectificar esta restricción.

V. El reconocimiento y control del derecho a la asistencia sanitaria: implicaciones competenciales

La última reforma operada en el ámbito subjetivo de cobertura de la asistencia sanitaria también ha incidido en el reconocimiento y control del derecho. El Real Decreto-ley

²³ El ATS de 16 de octubre de 2019 (RJ 2020, 1134), que desestimó un incidente de nulidad de actuaciones, mantiene que “en nuestra STS 365/2019 no hay vulneración alguna ni del principio de no discriminación, ni de los Tratados Internacionales, ni de los derechos de las personas carentes de la nacionalidad española”.

²⁴ STS, Sala Tercera, de 18 de julio de 2017 (RJ 2017, 3227).

7/2018 derogó el art. 6 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, relativo precisamente al reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario, al tiempo que modificó el art. 3 bis LCC. Hasta entonces, la competencia correspondía al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, a través de sus Direcciones Provinciales. Lo cierto es que la atribución al INSS de la mencionada competencia no fue bien recibida por determinadas Comunidades Autónomas, que llegaron a impugnar la reserva al Estado de lo que consideraban competencias ejecutivas autonómicas. Si bien podía pensarse en un principio que el conflicto estribaba en determinar si la competencia en materia de bases que corresponde al Estado *ex art. 149.1.16 CE* incluye las actuaciones relativas al reconocimiento y control del derecho, el Tribunal Constitucional decidió insertar en otro ámbito competencial específico la cuestión controvertida²⁵.

En concreto, las facultades relativas al reconocimiento y control de la condición de asegurado constituyen materia de “coordinación general de la sanidad”, una competencia específica y distinta a la de fijación de las bases. Argumenta el Tribunal que lo atribuido 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”. Luego corresponde a las Comunidades Autónomas, en ejercicio de su competencia de desarrollo de la legislación básica estatal, hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria facilitando el acceso de los ciudadanos a las prestaciones, mediante el otorgamiento de la tarjeta sanitaria individual y, precisamente, “en orden a garantizar dicho acceso en condiciones de igualdad, a todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia, se reconocen a los órganos estatales unas facultades que tienen por único objeto la coordinación de una información compleja, dirigida a verificar y acreditar la situación individual de los sujetos y su inserción en alguno de los supuestos específicos que permiten el acceso a las correspondientes prestaciones; esto es, la concurrencia y permanencia de los requisitos legales habilitantes, que les permiten a cada uno de ellos ser titulares, en su condición de asegurado o beneficiario, de la tarjeta sanitaria individual”.

Esta labor de coordinación implica, en términos del Tribunal Constitucional, recibir la comunicación de los órganos competentes en materia de extranjería respecto de la situación de los extranjeros que residen en España, así como recibir y tratar la información de otros órganos y administraciones públicas que tengan datos sobre situaciones individuales de las personas y trasladar dicha información a las propias Comunidades Autónomas, para que puedan conocer si una persona concreta reúne en cada momento los requisitos exigidos para tener acceso o mantener su condición de asegurado o beneficiario. El objetivo estriba en unificar la información existente y dispersa, a fin de facilitar “un acceso homogéneo, que haga posible el conocimiento inmediato de la situación individual de cada sujeto, de si reúne los requisitos para ostentar la condición de asegurado o beneficiario del sistema, o si se ha producido un cambio en sus circunstancias personales”.

²⁵ STC 33/2017, de 1 de marzo (RTC 2017, 33) (FJ 4). En el mismo sentido, SSTC 63/2017, de 25 de mayo (RTC 2017, 63) (FJ 3), 97/2017, de 17 de julio (RTC 2017, 97) (FJ 4) y 98/2017, de 20 de junio (RTC 2017, 98) (FJ 2).

Lo cuestionable de esta argumentación reside en que el reconocimiento de la condición de asegurado no dejaba de ser un presupuesto necesario de la obtención de la tarjeta sanitaria individual como título habilitante de acceso al Sistema Nacional de Salud, una aplicación de la normativa básica estatal referida al ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria, lo que podría avalar la naturaleza ejecutiva de dicho acto de reconocimiento y su preceptiva competencia autonómica. Sin embargo, ya se ha visto que no resultó este el parecer del Tribunal, para el que esta función no interfiere en el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de sanidad, limitándose a facilitar su ejercicio en relación a una multiplicidad de personas que circulan por todo el territorio y cuyas circunstancias personales en relación al acceso al sistema pueden variar en el tiempo.

Actualmente, el art. 3 bis LCC atribuye la competencia relativa al reconocimiento y control del derecho a la asistencia sanitaria al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social con la colaboración de las entidades y administraciones públicas imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos legales “en la forma en que se determine reglamentariamente”²⁶. Una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, corresponde a las administraciones sanitarias competentes hacerlo efectivo, facilitando el acceso de los ciudadanos a las prestaciones correspondientes mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual. Esta es definida en el art. 57 LCC como el documento administrativo que “acredita determinados datos de su titular y facilita el acceso de los ciudadanos a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud”, es decir, constituye un documento administrativo unificado, nominal e intransferible, que identifica individualmente a cada beneficiario del sistema sanitario, lo cual posibilita tanto la coordinación y el intercambio de información entre las Comunidades Autónomas, como la interrelación de todas las tarjetas sanitarias del Sistema Nacional de Salud²⁷. En la tarjeta se contienen los datos básicos del titular, del derecho que le asiste en relación con la prestación farmacéutica y del servicio de salud o entidad responsable de la asistencia sanitaria.

Se trata de un procedimiento dual en el que el reconocimiento corresponde a la Administración central y la expedición de la tarjeta sanitaria individual compete a las Administraciones autonómicas, lo que corre el riesgo de resultar poco operativo y dinámico²⁸. En todo caso, dado que todavía no se ha procedido al desarrollo reglamentario al que insta la norma, continúan siendo de aplicación los procedimientos vigentes y bases de datos existentes con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018 (disposición transitoria segunda).

En los procedimientos propios de este ámbito, son varias las ocasiones en las que la regulación legal exime del deber de recabar el consentimiento del interesado. Así, los órganos competentes en materia de extranjería pueden comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y a las entidades y administraciones públicas

²⁶ El Instituto Nacional de la Seguridad Social conserva la competencia para gestionar los derechos de asistencia sanitaria derivados de las normas internacionales de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. LOMAS HERNÁNDEZ, V.: “Comentario de urgencia sobre el Real Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud: principales novedades”, *Aranzadi Digital*, núm. 1, 2018, *BIB 2018\11484*.

²⁷ ARETA MARTÍNEZ, M.: “Universalización de la asistencia sanitaria pública y compensación interterritorial”, en AA. VV.: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 898.

²⁸ LÓPEZ ZAMORA, L. J., *op. cit.*, p. 315

competentes, sin contar con dicho consentimiento, 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. Tampoco precisarán el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y las entidades y administraciones públicas correspondientes el consentimiento del interesado a la hora de 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 derecho. Asimismo, el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y las entidades y administraciones públicas han de tratar dicha información con la finalidad de comunicar a las administraciones sanitarias competentes los datos necesarios para verificar en cada momento que se mantienen las condiciones y los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y atención sanitaria con cargo a fondos públicos, sin precisar para ello del consentimiento del interesado.

VI. El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación administrativa irregular

En lo que constituyó uno de los cambios sustanciales en la regulación de la asistencia sanitaria y sus titulares, el art. 3 ter LCC reconoce el derecho a las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española²⁹. Téngase en cuenta que el art. 3 del texto legal solo menciona a los extranjeros con residencia legal, por lo que dejaba pendiente el reconocimiento del derecho respecto del colectivo en situación administrativa irregular. En todo caso, y participando de la misma distinción entre titularidad y efectividad con cargo a los fondos públicos que acomete dicho precepto, el apartado segundo del art. 3 ter enuncia los requisitos que deben cumplir los extranjeros en situación irregular para que los fondos públicos de las administraciones competentes sufraguen la asistencia sanitaria. En concreto, la norma se refiere a los siguientes: 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; no poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia y no existir un tercero obligado al pago. Estos criterios están destinados, y así lo apunta el Real Decreto-ley 7/2018 en su Exposición de Motivos, a evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria, en el marco de las necesarias cautelas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud.

Aunque la previsión normativa resulta más afortunada que su predecesora, la enmienda en la regulación de la asistencia sanitaria de los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España no ha sido completa. Es cierto que ha mejorado, y mucho, el estado de la cuestión con el reconocimiento formal de un derecho del que habían sido privados desde el año 2012, pero los requisitos que incorpora la redacción vigente de la norma no han terminado de subsanar por completo la situación, al no recuperar los términos incondicionados del art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que, con anterioridad a la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012 establecía “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”. Los requisitos previstos en el art. 3 ter LCC, todos

²⁹ Esta asistencia sanitaria no genera un derecho a la cobertura fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas internacionales en materia de Seguridad Social aplicables.

formulados en negativo y faltos de concreción, pueden resultar de difícil acreditación por parte de los extranjeros en situación administrativa irregular, que tendrían que enfrentarse a no pocos obstáculos, principalmente de tipo administrativo, con el riesgo de no conseguir demostrar su cumplimiento cuando no de desistir de intentarlo.

Asimismo, y no deja de suponer una paradoja, la normativa anterior, si bien ciertamente más restrictiva que la actual, establecía sin embargo tres supuestos (urgencia por enfermedad grave o accidente, asistencia al embarazo, parto y postparto, así como asistencia sanitaria a los menores de edad) en los que se reconocía el acceso incondicionado al sistema sanitario. No habría estado de más que la regulación resultante de la última reforma hubiera contemplado algunos supuestos igualmente excepcionales, vinculados con situaciones de especial vulnerabilidad, que escaparan a las trabas administrativas propias de los requisitos legales recién señalados. Precisamente, la crisis sanitaria que vivimos ha evidenciado la oportunidad que se perdió al no haber establecido siquiera una atención específica a los supuestos de emergencia para la salud pública.

La fijación del procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder recibir la asistencia sanitaria corresponde a las Comunidades Autónomas. Lo que parece que constituye una puerta abierta a la divergencia entre autonomías³⁰, divergencia que ya había propiciado la reforma anterior y que precisamente el Real Decreto-ley 7/2018 se proponía combatir cuando, en sus líneas introductorias, reprochaba la “inequidad manifiesta” y la “situación de inseguridad jurídica” que generaba la regulación precedente al respecto, al tiempo que apelaba a la “necesaria cohesión social, coordinación y armonización de las actuaciones llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas”. La inexistencia de normas concretas relativas, por ejemplo, a la duración de tales certificaciones introduce aún más inseguridad al respecto. En todo caso, se prevé cierta colaboración entre administraciones, pues las comunidades autónomas deben comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, mediante el procedimiento que se determine, los documentos certificativos que se expidan³¹.

De un modo cuando menos confuso, el art. 3 ter LCC, en su apartado tercero (realmente se trataría del cuarto, dado que la numeración del precepto es errónea al repetir dos veces el segundo apartado) configura como preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las Comunidades Autónomas en aquellos casos en que las personas extranjeras se encuentren en situación de estancia temporal de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Esta referencia a la estancia temporal y, por tanto, autorizada para un periodo no superior a noventa días (art. 30 de la Ley Orgánica 4/2000), no deja de generar dudas en un precepto cuya rúbrica se refiere a las personas extranjeras que, encontrándose en España, no tienen su residencia legal en el territorio español. La previsión normativa, de redacción a todas luces desafortunada, puede dar lugar a interpretaciones restrictivas que negarían el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en los casos en que no se acredite al menos noventa días de permanencia en España. Hasta el cumplimiento de este requisito,

³⁰ FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.: “Avances y retrocesos en la universalización de las prestaciones de asistencia sanitaria. Especial atención a las personas extranjeras”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 10, 2019, p. 40.

³¹ Se ha interpretado que el extranjero solicitaría al servicio de salud autonómico la asistencia sanitaria y la Administración autonómica recabaría los datos para elevarlo al Ministerio, que reconocería el derecho y posteriormente la comunidad autónoma emitiría el certificado. LÓPEZ ZAMORA, L. J., *op. cit.*, p. 324.

únicamente el informe previo favorable de los servicios sociales permitiría el acceso al sistema sanitario con cargo a fondos públicos.

Bien puede afirmarse que la exigencia de una estancia mínima de noventa días a los extranjeros en situación irregular constituye uno de los extremos más controvertidos de la actual normativa sanitaria, al tiempo que su acreditación puede entrañar en muchas ocasiones gran dificultad debido a cuestiones administrativas. Pero el requisito legal representa, también, una manera de extender la validez de aquellas normas autonómicas que lo habían venido imponiendo sin ninguna base jurídica³². Recuérdese que no fueron pocas las comunidades autónomas que, en el marco de la ampliación de la cobertura sanitaria al colectivo extranjero en situación irregular que había quedado excluido por la reforma del año 2012, optaron por exigir la acreditación de una estancia mínima en el territorio³³. Se trata, en definitiva, de un requisito que supone el riesgo de dejar en papel mojado un derecho que se reconoce en el art. 3 ter LCC a los extranjeros en situación administrativa irregular, no se olvide, “en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española”.

Precisamente, en la normativa dictada con ocasión de la crisis sanitaria del COVID-19, destaca la prórroga de las estancias de hasta noventa días prevista en el art. 4 de la Orden SND/421/2020, de 18 de mayo, por la que se adoptan medidas relativas a la prórroga de las autorizaciones de estancia y residencia y/o trabajo y a otras situaciones de los extranjeros en España, en aplicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. El precepto prorrogó, de forma automática y por un periodo de tres meses la estancia de aquellas personas que se encontraban en España en situación de estancia, por un periodo no superior a noventa días, habiendo expirado durante la vigencia del estado de alarma.

En cualquier caso, y en aras de garantizar la homogeneidad en el desarrollo del procedimiento para acreditar el derecho de los extranjeros en situación administrativa irregular a recibir asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, conviene prestar atención a las 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 sanitaria³⁴. En dichas Recomendaciones se despejan gran parte de las dudas generadas en gran parte a causa de la vaguedad de los conceptos empleados en la normativa. Por una parte, se advierte que tales Recomendaciones se decantan por la exigencia de residencia efectiva en el territorio español por un periodo de tres meses. Por otra, se especifica la documentación que permite acreditar este requisito. En concreto, se alude al certificado o volante de empadronamiento actualizado en un municipio de la comunidad autónoma o de las

³² Así se ha denunciado desde diversas organizaciones sociales. Véase REDER, YO SÍ SANIDAD UNIVERSAL Y AMNISTÍA INTERNACIONAL: *Recomendaciones para el Anteproyecto de Ley de medidas para la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud*.

³³ Fue el caso 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 exigía empadronamiento en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma por un periodo continuado de, al menos, tres meses.

³⁴ Resolución de 20 de junio de 2019, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia.

ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, con una antelación mínima de tres meses³⁵. En el supuesto de que el solicitante no pueda acreditar su residencia mediante el correspondiente volante de empadronamiento por existir alguna imposibilidad para ello, tales como la carencia de domicilio o la imposibilidad de empadronamiento en su domicilio, cabe recabar la acreditación de residencia efectiva previa con una antelación mínima de tres meses aportando documentos oficiales de cualquier Administración del Estado, carta de viaje expedida por el consulado, inscripciones en colegios o registro de visitas a servicios sociales, por citar los ejemplos referidos en las Recomendaciones.

El documento detalla, además, la forma de acreditar la imposibilidad de exportar a España el derecho a la asistencia sanitaria desde el país de origen. Así, en el caso de personas procedentes de países a los que son de aplicación los Reglamentos Comunitarios para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social o de países con Convenio bilateral en materia de Seguridad Social, será necesario el certificado de no exportación del derecho a la cobertura sanitaria desde su país de origen emitido por la administración competente de su país. Lo que puede resultar de gran complejidad en numerosas ocasiones. Por su parte, en cuanto a la acreditación de no existir terceros obligados al pago, servirá la declaración responsable del solicitante al efecto. Dicha declaración debe incluir mención expresa a que la persona solicitante se da por enterada y acepta que la Administración compruebe la veracidad de los datos contenidos así como información sobre las consecuencias que para la persona solicitante supone proporcionar información no veraz (facturación de las prestaciones sanitarias recibidas).

Por lo que se refiere al periodo de validez del documento certificativo en cuestión, las Recomendaciones instan a su renovación cada dos años, mientras persista la situación de residencia efectiva en España de la persona. A tal fin, y por razones prácticas, la persona solicitante ha de presentar la documentación acreditativa de su identidad y residencia en territorio español sin necesidad de aportar el resto de la documentación presentada en la solicitud inicial.

VII. El carácter fragmentado del reconocimiento normativo: especial referencia a los solicitantes de protección internacional

La proclamación del derecho a la asistencia sanitaria de las personas beneficiarias del estatuto de refugiado se encuentra en el art. 36.1.f) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Referido precisamente a los efectos de la concesión del derecho de asilo, el precepto dispone que dicha concesión implica el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea y, en todo caso, “el acceso a la educación, a la *asistencia sanitaria*, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de género, en su caso, a la seguridad social y a los programas de integración, en las mismas condiciones que los españoles”. Esta disposición no es sino traslación de lo establecido a nivel internacional en el art. 24 de la Convención sobre el estatuto de los refugiados, adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951, y considerada la “Carta Magna” de los refugiados³⁶. Dicho precepto dispone que los Estados Contratantes “concederán a

³⁵ A tales efectos, se puede computar, en su caso, el empadronamiento anterior en cualquier municipio español.

³⁶ GORTÁZAR ROTAECHE, C. J.: *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 21.

los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a los nacionales en lo concerniente a las materias siguientes: seguros sociales (disposiciones legales respecto a accidentes del trabajo, maternidad, *enfermedad*, invalidez, ancianidad, fallecimiento, desempleo, responsabilidades familiares y cualquier otra contingencia que, conforme a las leyes o los reglamentos nacionales, esté prevista en un plan de seguro social), con sujeción a las limitaciones siguientes: i) posibilidad de disposiciones adecuadas para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en vías de adquisición; y ii) posibilidad de que las leyes o reglamentos nacionales del país de residencia prescriban disposiciones especiales concernientes a los beneficios o a la participación en los beneficios pagaderos totalmente con fondos públicos, o a subsidios pagados a personas que no reúnan las condiciones de aportación prescritas para la concesión de una pensión normal”.

Luego al gozar los refugiados del derecho a la protección de la salud, en general, y del disfrute de las prestaciones sanitarias, en particular, sin ningún tipo de diferenciación respecto de la población española, gozan del derecho de acceso al Sistema Nacional de Salud conforme a las reglas que rigen para los nacionales. Esta solución se distancia de la diseñada para los solicitantes de protección internacional. Y es que el ordenamiento jurídico español ha optado por diferenciar, con distintas extensiones, el derecho a las prestaciones sanitarias de los titulares y el de los solicitantes de protección internacional, sometiendo a estos últimos a un acceso más limitado.

Si bien el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, no contiene una específica previsión relativa a la asistencia sanitaria de las personas a las que se les reconoce el derecho de asilo, en coherencia con la misma consideración que ostentan a tales efectos que los nacionales españoles, sí que se refiere el texto reglamentario expresamente a la prestación de asistencia sanitaria para los solicitantes de protección internacional. El art. 16 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, reconoce en su segundo apartado el derecho a la asistencia sanitaria de las personas que soliciten protección internacional, “que se extenderá a la formalización de la solicitud y a toda la tramitación del procedimiento, y que se prestará *en los términos previstos en la legislación española en esta materia*”. El reenvío que contiene este precepto ha de entenderse realizado a la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto³⁷. En su redacción originaria, dicha disposición prescribía que “los solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo recibirán, mientras permanezcan en esta situación, la asistencia sanitaria necesaria que incluirá los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades. Asimismo, se proporcionará la atención necesaria, médica o de otro tipo, a los solicitantes de protección internacional con necesidades particulares”.

Puesto que la previsión relativa al “tratamiento básico de las enfermedades” resultaba del todo imprecisa, el número dos de la disposición final cuarta 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 y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, dio nueva redacción a esta disposición adicional cuarta, en aras de dotarla de mayor concreción. En su redacción actual, la norma reconoce a las personas solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo el derecho a recibir, mientras permanezcan en dicha situación, asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales

³⁷ Disposición que sigue vigente, pues no resultó derogada por el Real Decreto-ley 7/2018.

del Sistema Nacional de Salud, regulada en el artículo 8 bis LCC. Asimismo, la disposición reglamentaria insta a proporcionar “la atención necesaria, médica o de otro tipo, a los solicitantes de protección internacional con necesidades especiales”³⁸.

La asistencia sanitaria de la que disfrutaban los solicitantes de asilo se encuentra, por tanto limitada. No se extiende a la totalidad de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, sino que se circunscribe al contenido de la cartera común básica de servicios asistenciales, quedando al margen la cartera común suplementaria y la común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud. Se trata de una medida a todas luces insuficiente, pues priva a dicho colectivo de la tarjeta sanitaria, sin que vean reconocido el derecho de acceso gratuito a prestaciones esenciales de la atención médica como la farmacéutica, en manifiesta incongruencia con el carácter integral que define el bien jurídico de la salud y su protección.

Conviene hacer constar, a estos efectos, que la universalidad de las prestaciones sanitarias no sólo supone garantizar el acceso de toda la población a las mismas, sino también conlleva hacerlo en condiciones de igualdad. Esto es, la asistencia sanitaria universal, además de referirse a la condición subjetiva de los destinatarios, lo hace muy señaladamente a los concretos términos en que se ejerce dicha posición (art. 3 LGS). Tan importante es proclamar el acceso de todas las personas a una asistencia sanitaria “suficiente” o “de calidad” como asegurar que ésta sea idéntica para unos y otros. Los servicios públicos sanitarios dispensados deben ser, en definitiva, los mismos. Ésta es la auténtica garantía del componente igualitario que reposa en el contenido esencial del derecho a la asistencia sanitaria y, aunque constituye un enfoque poco referido de la universalidad, es el que, sin duda, le dota de mayor significación. Sólo así logra cristalizarse la cohesión social como valor inspirador de la asistencia sanitaria, uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo democrático-social³⁹.

El privar al colectivo de los solicitantes de protección internacional del acceso íntegro a las prestaciones del sistema público sanitario representa una notoria quiebra con el principio de igualdad consustancial a la salud como factor de necesidad social básico. Es preciso, pues, recuperar la universalidad del derecho a la asistencia sanitaria, entendiéndola no sólo como la seguridad en el reconocimiento y satisfacción de las

³⁸ Adviértase que la reforma introducida en 2013 no reparó la ambigüedad de esta disposición *in fine*, pues la norma no llega a aclarar qué cabe entender por “necesidades especiales”. Sin perjuicio de recurrir a la casuística, cabría encontrar referencias a dicho tipo de necesidades en diversos preceptos normativos. Es el caso del art. 47 de la Ley del derecho de asilo, según el cual, “los menores solicitantes de protección internacional que hayan sido víctimas de cualquier forma de abuso, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano, o degradante, o que hayan sido víctimas de conflictos armados recibirán la asistencia sanitaria y psicológica adecuada y la asistencia cualificada que precisen”, o del art. 15.3 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, el cual establece que “en la prestación de los servicios a los que se refiere el apartado 1 de este artículo se tendrá en cuenta la situación específica de las personas en las que concurra una especial vulnerabilidad, tales como menores, menores no acompañados, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores y personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual, conforme a las directrices contenidas en las recomendaciones internacionales que se ocupan de homologar el tratamiento a estos grupos de población desplazada o refugiada”.

³⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: “La salud como derecho humano fundamental”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2014, p. 53.

necesidades básicas de todos, sino como “la exigencia de inclusión plural, de reconocimiento de igualdad compleja”⁴⁰.

VIII. Conclusiones

La regulación actual del ámbito subjetivo de cobertura sanitaria reconecta con la universalidad como atributo que se había considerado tradicionalmente adscrito al derecho a la asistencia sanitaria. La reforma acometida en el año 2018 mejoró la normativa anterior, de eso no hay duda, pero la enmienda no ha sido completa. Es cierto que los extranjeros en situación irregular han sido restituidos en un derecho del que habían sido privados desde la reforma del año 2012, pero no es menos cierto, y así se ha tratado de exponer en las páginas anteriores, que acontecieron otras exclusiones en el marco de tales restricciones y son olvidadas en la reforma que tuvo lugar a través del Real Decreto-ley 7/2018. Lo que no deja de llamar la atención en una norma que menciona desde su mismo título el acceso *universal* al Sistema Nacional de Salud y que se presenta, en su propia Exposición de Motivos y de manera autocomplaciente, como una suerte de restitución completa de la cobertura sanitaria para todas las personas.

Buena prueba de que la reforma del año 2018 no supuso *la cura de todos los males* que introdujo en este ámbito la operada en el año 2012 es que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no ha cambiado su criterio respecto de Observaciones anteriores y tacha de insuficiente el progreso protagonizado al respecto en España. Si bien valora positivamente la publicación del Real Decreto-ley 7/2018, al corregir varios de los retrocesos que había provocado el Real Decreto-ley 16/2012 en el acceso universal a la atención sanitaria, termina reprochando que la normativa actual no ha logrado superar todas las restricciones.

Quedan, ciertamente, retos pendientes en la cobertura sanitaria para que ésta pueda calificarse como verdaderamente universal. Los españoles emigrantes y los ascendientes reagrupados constituyen, entre otros, algunos de los que permanecen en las situaciones de exclusión desatendidas en la normativa sobre la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria. Por otra parte, los requisitos a los que se condiciona la efectividad del derecho en muchas ocasiones resultan controvertidos, no en cuanto a la finalidad desde luego nada reprochable de evitar atender supuestos en los que se tiene cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, sino en cuanto a la fórmula empleada en los mismos. Y es que la dificultad que puede entrañar recabar la documentación (que ni siquiera se concreta específicamente) puede terminar erigiéndose en una barrera al acceso efectivo a la atención sanitaria. Además, la amplitud de los términos legales advoca al mantenimiento de la disparidad autonómica que precisamente la reforma pretendía superar.

Es preciso proceder cuanto antes al desarrollo reglamentario al que remite la LCC para cerrar las cuestiones no resueltas en ella, para concretar, entre otros extremos, la forma de demostrar el cumplimiento de los requisitos, así como para garantizar cierta homogeneidad en el reconocimiento del derecho en todo el territorio nacional. Ciertamente, las deficiencias advertidas en este trabajo no se refieren exclusivamente al contenido de la normativa, pues también se han constatado deficiencias de índole técnica. Así, se ha perdido la ocasión de tratar en el mismo texto legal todos los supuestos de titularidad del derecho y evitar la regulación fragmentada de que adolece la materia en la

⁴⁰ DE LUCAS, J.: “Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos”, en AA. VV.: *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 101.

actualidad (como ocurre con la relativa a la asistencia sanitaria de los solicitantes de protección internacional).

El riesgo de estos cabos sueltos en la cobertura sanitaria no es menor, pues propician el recurso a técnicas privadas de aseguramiento, fragmentando la asistencia sanitaria entre quienes tienen recursos económicos para ello y los que no, al tiempo que reducen la intervención activa de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades sociales. Se entenderá, así, que uno de los objetivos anunciados en el anteproyecto de Ley de medidas para la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud consista en garantizar la ampliación de los derechos a la población que actualmente no está incluida y la homogeneidad en la efectividad de la asistencia sanitaria. Y es que lo analizado en estas líneas resulta aún más crítico en el marco de la actual crisis sanitaria, dotada de todos los componentes para agravar las situaciones de vulnerabilidad y de exclusión. Una crisis que ha puesto de relieve, por tanto, la necesidad perentoria de garantizar un acceso verdaderamente universal al sistema sanitario.

BIBLIOGRAFÍA

ARETA MARTÍNEZ, M.: “Universalización de la asistencia sanitaria pública y compensación interterritorial”, en AA. VV.: *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado Estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato insito en el artículo 43 de la Constitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “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 AA. VV.: *Derecho y salud en la Unión Europea*, PÉREZ GÁLVEZ, J. F. y BARRANCO VELA, R. (Dirs.), Comares, Granada, 2013.

BERNAL-DELGADO, E.; GARCÍA-ARMESTO, S.; OLIVA, J.; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. I.; REPULLO, J. R.; PEÑA-LONGBARDO, L. M.; RIDAO-LÓPEZ, M.; HERNÁNDEZ-QUEVEDO, C.: *Spain: Health System review. Health Systems in Transition*, vol. 20, núm. 2, 2018.

DE LUCAS, J.: “Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos”, en AA. VV.: *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006.

DÍEZ RODRÍGUEZ, J. R.: *El derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B.: “Avances y retrocesos en la universalización de las prestaciones de asistencia sanitaria. Especial atención a las personas extranjeras”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 10, 2019.

GORTÁZAR ROTAECHE, C. J.: *Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado*, Dykinson, Madrid, 1997.

LANTARÓN BARQUÍN, D.: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

LOMAS HERNÁNDEZ, V.: “Comentario de urgencia sobre el Real Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud: principales novedades”, *Aranzadi Digital*, núm. 1, 2018.

LÓPEZ ZAMORA, L. J.: “Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud”, *Gabilex*, núm. 15, 2018.

MONEREO PÉREZ, J. L.: “La salud como derecho humano fundamental”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2014.

OIT: *El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas*, marzo de 2020.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución”, en AA. VV.: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980.

RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: *El sistema multinivel de asistencia sanitaria: tensiones y desafíos en su articulación*, Comares, Granada, 2016.

SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “De vuelta con el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares”, *Revista de Derecho Social*, núm. 85, 2019.