

ASISTENCIA SANITARIA E INMIGRACIÓN IRREGULAR

JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ BERNAT

Profesor Asociado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

1.- Introducción

2.- El derecho del inmigrante a la protección de la salud en la Constitución Española

3.- Acceso a la asistencia sanitaria de los inmigrantes extranjeros: situaciones jurídicas desde el nuevo marco legal

4.- El supuesto de los extranjeros no documentados

1.- Introducción

La reforma sanitaria producida con ocasión de la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones ha supuesto, en lo aquí interesa, un cambio de tendencia en la protección de la salud de los extranjeros no comunitarios en España. Con la nueva norma, se han modificado los requisitos que deben acreditar los extranjeros para poder obtener asistencia sanitaria. En la actualidad, para acceder al Sistema público de Salud español, en régimen de igualdad con los españoles, los extranjeros no ciudadanos de la Unión Europea y familiares, y que son nacionales de Estados Terceros, deberán demostrar que son residentes en España, es decir, que tienen en vigor una autorización de residencia expedida por las autoridades españolas.

La medida adoptada supone una ruptura del modelo legal vigente hasta la reforma dado que el legislador precedente optaba por reconocer el acceso a la asistencia sanitaria básica a los extranjeros sin residencia legal pero que estuvieran empadronados en el municipio donde residían habitualmente. Cumpliendo esta formalidad administrativa, todos los extranjeros tenían reconocido aquel derecho en las mismas condiciones que los españoles, esto es, siempre que careciesen de recursos económicos

suficientes. Este modelo transitaba hacia el objetivo de alcanzar la universalidad, tantas veces demandada, en la protección dispensada por el sistema público de salud español, aún cuando pudiera resultar criticable igualmente la exclusión generalizada de los extranjeros no empadronados.

El análisis de la reforma legal suscita ciertas dudas sobre la compatibilidad de las medidas adoptadas con respecto a las bases constitucionales sobre las que se asienta el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE). Este sería, en definitiva, el propósito de nuestro trabajo: comprobar el encaje constitucional que presenta el nuevo tratamiento jurídico-legal dispensado a los inmigrantes irregulares en materia de asistencia sanitaria. A tal efecto, se pretende comprobar, en primer lugar, la delimitación que con carácter general efectúa el Constituyente de los derechos de los extranjeros, para después, proceder al examen específico del derecho a la protección de la salud. A partir de aquí se abordará la reforma legal operada a través del RD 16/2012 en las condiciones de acceso a la asistencia sanitaria de los extranjeros en general, centrando nuestra atención en el supuesto de los extranjeros que no cuentan con residencia legal. Finalmente, se abordará el acomodo de la nueva propuesta legal en relación a la configuración constitucional del derecho a la asistencia sanitaria. Este último aspecto cobra especial relevancia en la actualidad, si tenemos en cuenta el Auto de 13 de diciembre de 2012, adoptado por el pleno del Tribunal Constitucional, que responde al conflicto positivo de competencias presentado por el Gobierno Central impugnando el Decreto 114/2012 aprobado por el Ejecutivo vasco para regular el "régimen de las prestaciones sanitarias del sistema de salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi". Esta norma autonómica se oponía, entre otras cuestiones, a la retirada de la tarjeta sanitaria a los inmigrantes sin papeles.

2.- El derecho del inmigrante a la protección de la salud: bases constitucionales

El análisis del derecho a la protección de la salud de los extranjeros exige realizar previamente un examen, aunque breve, de la delimitación que con carácter general efectúa el Constituyente de los derechos de los extranjeros. Y así, de entrada, la Constitución Española (en adelante, CE) reconoce en su art. 13.1 que "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley". Dicho precepto pone de manifiesto cómo desde el propio marco constitucional se parte del reconocimiento formal de un

principio de equiparación limitada entre los extranjeros y los españoles, distinguiendo por tanto distintos estatutos de ciudadanía¹. Se estaría, sin ambages, ante la posibilidad - constitucionalmente admitida- de que en el ejercicio de los derechos y libertades públicas se diera una desigualdad de trato entre extranjeros y españoles².

Dicho aspecto, esto es, el ejercicio de los citados derechos y libertades públicas desde la vertiente del principio de igualdad y no discriminación entre españoles y extranjeros, remite a una cuestión resuelta por el Tribunal Constitucional de forma temprana: la distinción que cabe realizar entre reconocimiento y ejercicio de los derechos y libertades públicas. Y así, la remisión que el art. 13 CE realiza a los Tratados y las leyes internas no debe interpretarse en el sentido de que los extranjeros sólo gocen de aquellos derechos y libertades que establezcan dichas normas internacionales y estatales. No existe, en este sentido, una desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros en el ordenamiento español, sino todo lo contrario, ya que el marco constitucional impone una delimitación legislativa originaria, pudiendo establecer el legislador condiciones adicionales, sin vulnerar en ningún caso el contenido esencial del derecho o sin observar las prescripciones propias de un derecho reconocido expresamente a los extranjeros por la CE.

Precisamente, con respecto a la titularidad y ejercicio de los derechos y libertades públicas de los extranjeros, la jurisprudencia constitucional ha establecido tres tipos de situaciones respecto de aquéllos en relación con el alcance del principio de igualdad y no discriminación y con la dignidad de la persona: situación de plenitud de derechos, situación de carencia de derechos y situación de potencial titularidad de derechos³. En el primer caso estarían los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, cuya regulación debe ser idéntica para ambos, encuadrándose en los mismos, entre otros, los derechos a la vida y a la integridad física y moral (art. 15

¹ Sobre el modelo constitucional de atribución de derechos fundamentales a los extranjeros en general, véase MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes”, en VVAA (MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a N., dirs.) *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 211-223.

² DE VAL TENA, A. L., “El derecho de los extranjeros a la protección de la salud”, *REDT*, núm. 109, 2002, p. 45.

³ STC 107/1984, de 23 de noviembre (BOE 21 noviembre 1984). Un análisis en profundidad de esta sistematización de los derechos y libertades públicas de los extranjeros desde la interpretación del TC en TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Albacete, Bomarzo, 2008, pp. 55-60.

CE). En el segundo supuesto encontramos los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, siendo el caso, por ejemplo, el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23 CE). Finalmente, habría que mencionar los derechos cuya titularidad comparten nacionales y extranjeros, si bien el ejercicio por estos últimos se condiciona a lo establecido por los Tratados y las leyes.

En el marco de esta triple clasificación de los derechos de los extranjeros, la protección de la salud (art. 43 CE) se ha encuadrado en la situación de plena igualdad de derechos con los españoles. Dicha afirmación se basa en la vinculación que el mismo presenta con la dignidad de la persona humana y de los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1 CE), dignidad de la cual es una consecuencia, primera y principal, el derecho a la vida y a la integridad física y moral. En este punto, juega un papel principal la recepción general del Derecho Humanitario Internacional en nuestro ordenamiento, siendo una constante del mismo el reconocimiento del derecho a la vida y a la integridad de la persona y el derecho a la protección de la salud entre los derechos humanos, ya sea en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), en la Carta Social Europea (Parte I, 11) o en la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (art. 35). A partir de esta proyección de forma transversal del derecho a la vida sobre el derecho a la protección de la salud, afectando el primero como fundamento a distintos niveles de protección del derecho a la salud y de las prestaciones sanitarias, cabe defender en este ámbito la universalidad como idea reguladora de los derechos de protección social, entre los que se encuentra el derecho a la protección de la salud⁴. Bajo esta premisa, se ha podido entender, en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional, que la asistencia sanitaria necesaria, pública y gratuita, que se haya de prestar en los casos en que la situación clínica obliga a una atención inmediata o en aquellos que así lo demanden las circunstancias subjetivas del paciente (por ejemplo, atención de urgencia propiamente dicha, atención sanitaria a los menores de edad y atención sanitaria a las embarazadas) ha de configurarse como un derecho universal,

⁴ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos sociales fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la “nueva” reforma pactada”, *Lan-Herramanak*, num. 8, 2003, p. 112.

reconocido a los inmigrantes con independencia de su situación administrativa en nuestro país⁵.

Pese a lo anterior, lo cierto es que, como se sabe, el derecho a la protección de la salud se incorpora al Capítulo III –“De los principios rectores de la política social y económica”- del Título I, y como se indica en el art. 53.3 CE dichos principios sólo serán aplicables “de acuerdo con lo que se disponga en esas leyes”, de manera que el potencial titular no puede reconocer en aquellos principios ningún derecho subjetivo vinculante para el legislador⁶. Dicha libertad de configuración legal del citado derecho conlleva la posibilidad de que no se de una uniformidad en el tratamiento jurídico de la protección, lo que se ha podido defender en base a razones de orden económico, ya que al tratarse de un derecho prestacional, erigido sobre un soporte financiero, el legislador debe sopesar en cada momento el alcance de la acción protectora del sistema en función de las situaciones de necesidad existentes y de los medios financieros disponibles.

Teniendo en cuenta lo anterior, lo verdaderamente relevante a este respecto es hasta que punto la imposibilidad de que exista una uniformidad en cuanto a la intensidad y dimensión de la protección del derecho a la salud, se puede traducir por el legislador en un menoscabo en las condiciones de acceso a la mencionada protección. Sobre este particular, la actuación legislativa contaría con una serie de límites sobradamente conocidos: de un lado, la garantía institucional que para algunos derechos opera, asegurando un contenido mínimo efectivo de la institución sobre la que éstos se reconocen, esto es, preservando la institución de la que tales derechos derivan en términos reconocibles; de otro, el necesario respeto a los mandatos exigidos por los Tratados y Convenios internacionales vinculantes como criterio interpretativo ineludible⁷. Es en este punto donde cabría situar el debate respecto a la posibilidad de introducir algunas limitaciones respecto al acceso a la asistencia sanitaria de los

⁵ Como se ha dicho, “se trataría, en estos casos, de una de las excepciones (constitucional-legal) a la regla general de reconocimiento de este derecho en los términos que pudiera establecer la ley, en concreto, a la posible restricción del mismo al requisito de situación regular del extranjero en nuestro país” (SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Extranjeros y derecho a la asistencia sanitaria”, en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A. (Edit.), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, Tomo XVIII, Madrid, Civitas, 2001, p. 178).

⁶ JIMÉNEZ CAMPO, J., “Comentario al artículo 53 CE. Protección de los derechos fundamentales”, en VVAA, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, Tomo IV, 1996, p. 448.

⁷ MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., “Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena”, en VVAA (Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^a N. Coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, Comares, 2008, p. 373.

inmigrantes irregulares. Y así, no cabe duda de que siendo el contenido del derecho a la protección de la salud mucho más amplio que la prestación de asistencia sanitaria en casos que, como lo indicado más arriba, requieran una asistencia inmediata, podría considerarse el mismo como un derecho generalizable a los inmigrantes según las exigencias legislativas, lo que permitiría las diferencias de trato respecto de los españoles en su ejercicio y las diferencias de contenido en función de la situación del extranjero en nuestro país⁸.

Antes de pasar al análisis de la compatibilidad entre el modelo constitucional del derecho a la protección de la salud y su traducción legal vigente, especialmente respecto al tratamiento que se dispensa en la actualidad a los inmigrantes irregulares, se hace necesario concluir este apartado con una breve referencia a la configuración subjetiva que sobre el citado derecho realiza el art. 43 CE. Y así, el derecho a la protección de la salud, desde la perspectiva de la titularidad del mismo, responde a un principio de máxima amplitud en la configuración de su ámbito subjetivo⁹. De hecho, el art. 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud sin referencias acerca de quiénes son titulares. Ello supone interpretar dicho derecho desde una concepción amplia, de modo que estaríamos ante un derecho que lejos de quedar reservado a los nacionales de un país, debe hacerse extensible no sólo a los ciudadanos en general, sino que es inherente a la condición de persona. La evolución legislativa que ha experimentado la materia confirma este aspecto, esto es, que la universalización de este derecho ha sido la línea de tendencia seguida y plasmada en los textos normativos.

3.- Acceso a la asistencia sanitaria de los inmigrantes extranjeros: situaciones jurídicas desde el nuevo marco legal

Como se sabe, el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros se encuentra regulado en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx). Dicho precepto desarrolla el derecho a la protección de la salud contenido en el art. 43 CE, refiriéndose a la asistencia sanitaria prestada por el Sistema Nacional de Salud y no al derecho a la asistencia sanitaria del Sistema de Seguridad Social, ya que el mismo no

⁸ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía”, *RMTAS*, núm. 63, 2006, p. 288.

⁹ BORRAJO DACRUZ, E., “Comentario al artículo 43 CE. Protección de la salud”, en *VVAA, Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, Tomo IV, 1996 p. 181.

aparece conectado con el desempeño de una actividad laboral. Y es que la LOEx establece una doble configuración del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: de un lado, como prestación del sistema de Seguridad Social, pensada para la población extranjera que desempeña una actividad profesional, y recogido en el art. 14 LOEx y, de otro, como medida de protección aplicable a los extranjeros en general y vinculada al sistema nacional de Salud (art. 12 LOEx)¹⁰. Dicho tratamiento diferenciado no significa que la asistencia sanitaria se haya desvinculado totalmente del derecho a las prestaciones de Seguridad Social, lo único que la población extranjera que reside de forma legal en España y trabaja por cuenta ajena o por cuenta propia queda encuadrada en el sistema y se beneficia de su acción protectora, donde se cuenta con la asistencia sanitaria [art. 38.1.a) TRLGSS]. Del mismo modo, cuando se trate de extranjeros que presten servicios sin autorización de trabajo y residencia se benefician de la misma por la vía que brinda el art. 36.5 LOEx. Por el contrario, el reconocimiento que realiza el art. 12 LOEx del derecho a la protección de la salud lo hace refiriéndose a los extranjeros sin más, remitiéndose a lo establecido por la legislación sanitaria, donde se acota su ámbito subjetivo respecto del conjunto de los ciudadanos y no sólo respecto de aquellos comprendidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social.

El progreso legislativo experimentado en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria contenido en el art. 12 LOEx ha estado marcado por un denominador común: el de la generalización del citado derecho más allá del requisito de la residencia legal. Las sucesivas reformas en materia de extranjería han supuesto un avance en este sentido, en la idea de extender la asistencia sanitaria a la inmensa mayoría de los inmigrantes no comunitarios independientemente de su situación legal y con la sola condición de su inscripción en el padrón municipal de habitantes. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) que sujetaba la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria por parte de los extranjeros a su residencia en el territorio nacional, fue claramente superada por lo previsto en la Ley 4/2000 que reconocía dicha titularidad si se cumplía con el requisito de estar inscrito en el padrón municipal del municipio donde se residiese habitualmente. Teniendo en cuenta que el empadronamiento no constituye prueba de la residencia legal en España,

¹⁰ ALVAREZ CORTÉS, J. C., “La protección social del extranjero”, en VVAA (Serrano García, J. M^a y Mendoza Navas, M. N^o Coords.), *Estudios sobre extranjería*, Albacete, Bomarzo, 2005, p. 160.

conforme a lo previsto en el art. 18.2 de la Ley de Bases de Régimen Local¹¹, la redacción dada por la Ley 4/2000 al art. 12 LOEx constituía una absoluta novedad en el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros ya que se suprimía el requisito de la residencia legal para ser beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria. Dicho reconocimiento del derecho se efectuaba en las mismas condiciones que los españoles, pudiendo acceder a la asistencia sanitaria, bien por su inclusión en alguno de los diferentes regímenes de Seguridad Social (lo cual era factible para los que residían y/o trabajaban legalmente) o a través de la asistencia sanitaria para personas sin recursos económicos (arts. 1 y 2 RD 1088/1989)¹². Por último, la Ley Orgánica 2/2009 confirmaba esta idea de la extensión del derecho a la asistencia sanitaria, limitándose a dar una nueva redacción al requisito del empadronamiento (que hasta esta Ley se exigía para un trato igual a los españoles si se constataba estar “inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente”, a “inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual” la condición de inscripción)¹³. El legislador, en fin, considerando el derecho a la protección de la salud como uno de los derechos relacionados directamente con la dignidad de la persona y sabedor de la existencia de extranjeros no residentes, no regularizados o en situación ilegal optaba por reconocer el derecho a la asistencia sanitaria de forma tan amplia como a los propios nacionales, con tal de que el extranjero saliese de la clandestinidad e hiciera pública su presencia¹⁴.

La supresión del requisito de la residencia legal y la consiguiente exigencia del empadronamiento supuso un importante avance respecto de la normativa precedente¹⁵, pero aún así, no cabe duda que dicho requisito no estaba exento de críticas: de un lado, el cumplimiento de dicha condición le suponía al extranjero salir de la clandestinidad y hacer pública su presencia, con el riesgo de que con su actuación pudiera acabar en una

¹¹ Como se ha dicho, “la inscripción padronal no sería, para esta interpretación, un acto administrativo idóneo para atribuir consecuencias jurídicas ajenas a su función de puro registro o garantía de transparencia de la población domiciliada en el municipio (...)” [MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria”, en VVAA (Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. Dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Granada, Comares, p. 233].

¹² SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Inmigración irregular y asistencia sanitaria en España”, en VVAA, *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Laborum, 2009, p. 200.

¹³ MALDONADO MOLINA, J. A., “El Derecho a la Seguridad Social. Configuración técnica-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjeros”, en VVAA (Monereo Pérez, J. L. Dir.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares, 2010, p. 286.

¹⁴ DE VAL TENA, A. L., “El derecho de los extranjeros...”, *op. cit.*, p. 68.

¹⁵ A finales de 2004 el 96 por 100 de la población extranjera residente no comunitaria tenía acceso al sistema sanitario (CARRASCO CARPIO, C. y RODRÍGUEZ CABRERO, G., “La protección social de los inmigrantes no comunitarios”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 2, 2005, p. 95).

eventual expulsión del mismo¹⁶; de otro, la falta de control sanitario del inmigrante no empadronado favorecía el desarrollo de eventuales situaciones de riesgo para la salud de la población en general, con el consiguiente coste económico superior que podía llegar a suponer una actuación sanitaria reparadora en dichas situaciones frente a la acción preventiva¹⁷; finalmente, pese a su simplicidad, el procedimiento de empadronamiento constituye un ámbito en el que la discrecionalidad burocrática o la politización del fenómeno migratorio pueden interferir en el acceso efectivo a las prestaciones¹⁸.

En la actualidad, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones ha modificado los requisitos que deben acreditar los extranjeros para poder obtener asistencia sanitaria. Así, a partir de ahora, si desean acceder al Sistema público de Salud español, en régimen de igualdad con los españoles, los extranjeros no ciudadanos de la Unión Europea y familiares, y que son nacionales de Estados Terceros, deberán demostrar que son residentes en España, es decir, que tienen en vigor una autorización de residencia expedida por las autoridades españolas. Se ha optado, de este modo, por dar una nueva redacción al art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, haciendo pivotar el título jurídico que da derecho a la asistencia sanitaria sobre la condición de asegurado, para lo cual el extranjero deberá encontrarse en alguno de los supuestos siguientes: a) ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta, b) tener la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social, c) ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo, d) haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título¹⁹. Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de

¹⁶ GARCÍA DE CORTAZAR y NEBREDA, C., “La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español”, *FSS*, núm. 2, 2000, p. 69.

¹⁷ MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., “Seguridad Social e inmigración...”, *op. cit.*, p. 387.

¹⁸ “En los últimos años han salido a la luz casos de municipios que han bloqueado el acceso de los inmigrantes indocumentados al padrón municipal, contraviniendo la Ley de Bases de Régimen Local, en la que se establecen los requisitos para el empadronamiento” (MORENO FUENTES, F. J. y BRÚQUETAS CALLEJO, M., *Inmigración y Estado de Bienestar en España*, Barcelona, Fundación La Caixa, Colección de Estudios Sociales, núm. 31, 2011, p. 64).

¹⁹ Conforme al art. 2.1 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, este supuesto no será de aplicación a las personas a las que se

beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (art. 3.5 Ley 16/2003). Se modifica, igualmente, el art. 12 LOEx a través de la Disposición Final Tercera del RD-Ley 16/2012, indicando que los extranjeros tendrán derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación sanitaria vigente.

Por lo demás, conforme al nuevo art. 3 ter de la Ley 16/2003, los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea la causa, hasta su situación de alta médica y b) de asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia en las mismas condiciones que los españoles. Como medida transitoria, se ha establecido que los extranjeros que se encuentran en España seguirán recibiendo la asistencia sanitaria ordinaria que ya disfrutaban, desde el día 1 de septiembre de 2012, fecha en la que entra en vigor el requisito de residencia previa para obtener la condición de asegurado (Disposición Transitoria Primera).

Como se puede comprobar, en materia de asistencia sanitaria, el legislador ha optado por delimitar tres niveles de cobertura para los extranjeros no documentados que se encuentren en España. Los dos primeros se vinculan a la existencia de ciertas condiciones personales de los inmigrantes: en concreto, las referidas a la edad y a la situación biológica de la mujer²⁰. Así, en el primer caso, los menores de 18 años disfrutaban de un derecho subjetivo pleno a la asistencia sanitaria pública y gratuita, en las mismas condiciones que los españoles, sin atender a la situación administrativa de los mismos (art. 3 ter Ley 16/2003)²¹. En el segundo, las extranjeras embarazadas que se encuentren en España, independientemente de su situación administrativa, tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto (art. 3 ter Ley

refiere el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, esto es, a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España en determinados supuestos especiales.

²⁰ Se trata de dos supuestos ya previstos en la normativa precedente, conforme a la redacción anterior del art. 12 LOEx.

²¹ Como se sabe, el reconocimiento incondicionado del derecho a la asistencia sanitaria de los menores de edad extranjeros ha supuesto la traslación al derecho interno de los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y, de forma más concreta, de lo dispuesto en el art. 24 de dicho texto legal: “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”.

16/2003). No importa, en este caso tampoco, la calificación jurídica de su estancia, ya que se trataría de un derecho absoluto sin limitación, hasta que se recupere del postparto²², recogándose igualmente lo previsto en textos legales internacionales. Finalmente, el tercer nivel comprende a los extranjeros mayores de edad indocumentados por falta de residencia legal y que no se encuentren en ninguna de las situaciones anteriores. En estos casos, se reconoce la asistencia sanitaria que precise cualquier extranjero cuando se de una situación de urgencia, por enfermedad grave o accidente, cualquiera que se la causa (ya sea de carácter laboral o no). Es un derecho que comprende tanto la asistencia de urgencia inicial, como la continuidad de la misma hasta la situación de alta médica, no el alta hospitalaria.

4.- El supuesto de los extranjeros no documentados

Hasta aquí, en una u otra situación, los inmigrantes irregulares tendrían un reconocimiento –pleno o limitado- del derecho a la asistencia sanitaria. El problema radica en el tratamiento que el nuevo modelo legal da a los inmigrantes irregulares que, no siendo menores de edad ni mujeres embarazadas, no hayan sufrido una enfermedad grave o un accidente. En la versión anterior del art. 12 LOEx bastaba el mero empadronamiento para ser titular del derecho a la asistencia sanitaria básica, pública y gratuita. Es cierto, que quedaban igualmente desprotegidos aquellos extranjeros indocumentados no empadronados, con los inconvenientes antes comentados. En la actualidad el requisito de la residencia legal para alcanzar la condición de asegurado es un criterio excluyente que obliga al inmigrante irregular a acudir a la vía prevista en el art. 3.5 Ley 16/2003 para acceder a los servicios públicos de salud, ya sea mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. O, como es lógico, utilizar los servicios de urgencias cuando se de una enfermedad grave o tenga lugar un accidente.

Dicha restricción legal no tiene en cuenta las consecuencias sociosanitarias que dicha medida presenta entre la población inmigrante, las cuales no pueden obviarse desde el punto de vista jurídico. De entrada se producirá la exclusión del sistema de un número importante de inmigrantes: los que se encuentran en situación irregular en la actualidad y no están empadronados, los que cuenten actualmente con tarjeta sanitaria

²² DE VAL TENA, A. L., “El derecho de los extranjeros...”, *op. cit.*, p. 73.

por estar empadronados pero carecen de permiso de residencia en España, los extranjeros que cuenten actualmente con tarjeta sanitaria a los que les será denegada la segunda tarjeta de residencia a causa de haber agotado las prestaciones por desempleo y encontrarse en paro de larga duración (irregularidad sobrevenida) y los extranjeros, especialmente mujeres amas de casa reagrupadas, actualmente con tarjeta sanitaria que verán cancelada su tarjeta de residencia en el momento que sea denegada la de su cónyuge (irregularidad sobrevenida). A ello que añadir, como se ha puesto de manifiesto, que para los extranjeros procedentes de países terceros no comunitarios excluidos de la cobertura pública de salud, la reforma no prevé ningún posible mecanismo de reentrada en la condición de asegurado²³. En todo caso, la única vía que quedaría potencialmente abierta sería la de intentar obtener el permiso de residencia en España. Es decir, pasar de ser extranjeros “irregulares” a extranjeros, inmigrantes o no, regulares o con autorización administrativa para residir en España conforme a la legislación en materia de extranjería.

Esta desprotección del colectivo de inmigrantes irregulares comporta los consabidos problemas de salud pública, ya constatados con respecto a los extranjeros no empadronados al amparo de la legislación precedente. Hay que tener en cuenta que la no cobertura en atención primaria a las personas en situación administrativa irregular, obligará, en muchos casos, a que estas personas esperen hasta que consideren que su situación es lo bastante peligrosa para justificar su presencia en los servicios de urgencias, lo que propiciará el incremento en el uso de de las atenciones en urgencias, con el consiguiente mayor coste económico para el sistema. Esta medida, como se ha dicho, podría provocar efectos secundarios en la población residente legal” ya que “los grupos a los que se dificulte el acceso a la atención primaria van a contraer enfermedades y las van a propagar”, algo que se evitaría “facilitando la prevención”²⁴. No podemos obviar que son muchas las personas inmigrantes en situación regular que conviven a diario con inmigrantes en situación irregular, tanto en las viviendas, como en otros ámbitos. Por último, el recurso previsto para la inmigración irregular de acceder a los servicios públicos básicos a través de la vía del art. 3.5 Ley 16/2003 (pago directo de

²³ MÉNDEZ, E., y SAGARRA, E., *Impacto de la reforma de la asistencia sanitaria en España sobre la cobertura pública y universal*, Barcelona, Asociación Salut/d i/y Familia, 2012, p. 6.

²⁴ FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES, *El nuevo marco legal y la salud de los inmigrantes*, Madrid, MEYSS, 2012, p. 53.

los servicios o suscripción de convenios especiales) puede resultar ineficaz, dada la imposibilidad por parte de aquel colectivo de asumir dicho coste.

La previsión legal de exigir a los extranjeros la residencia legal para acceder a la asistencia sanitaria básica supone encuadrar el derecho a la protección de la salud de aquéllos en el marco de la situación de potencial titularidad de derechos que pueden atribuirse o no a los inmigrantes según el criterio del legislador. Esta opción de política legislativa quizás pueda resultar compatible con el texto constitucional si se opta por aquella interpretación en la que únicamente en los casos en que la situación clínica obliga a una atención inmediata o en aquellos que así lo demanden las circunstancias subjetivas del paciente se podría reconocer el derecho a la protección de la salud como un derecho universal, reconocido a los inmigrantes con independencia de su situación administrativa en nuestro país. Al amparo de esta interpretación, distinto sería el supuesto de la asistencia sanitaria básica a los inmigrantes irregulares, el cual se conectaría con los derechos de prestación modulables según las exigencias normativas, lo que permitiría establecer diferencias de trato entre los españoles y los extranjeros en cuanto al ejercicio y contenido del citado derecho. Siendo esto cierto, no lo es menos la necesidad de que las opciones reformistas que se emprendan en este sentido cuenten con particulares limitaciones, de origen tanto constitucional como internacional, sin desconocer igualmente las tendencias históricas que han ido convergiendo en la determinación de un modelo reconocible en el tiempo. Pues bien, teniendo en cuenta dichos límites, a nuestro juicio, la opción reformista emprendida por el legislador ha eludido intencionadamente una serie de aspectos fundamentales, los cuales nos suscitan serias dudas sobre el encaje constitucional que la reforma presenta.

De un lado, parece que se olvide en bastantes ocasiones el hecho insoslayable de que el art. 43.1 CE no vincula el derecho a la protección de la salud a la nacionalidad, de ahí que como se ha dejado subrayado, la formulación abierta del ámbito subjetivo del mismo remite, en ese precepto, a la persona, en la línea de lo establecido en el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre que atribuye a “toda persona” el derecho a la asistencia médica²⁵. Con ello se trata de recordar que si hay un derecho que expresa con mayor nitidez las aspiraciones de universalidad subjetiva, ese es sin

²⁵ MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., “Seguridad Social e inmigración...”, *op. cit.*, p. 389.

duda el derecho a la asistencia sanitaria, predicable por igual de toda la “población” de un territorio dado²⁶.

De otro lado, las condiciones de ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria básica impuestas a los extranjeros irregulares por la vía prevista en el art. 3.5 Ley 16/2003 resultan inviables si se tiene en cuenta el alto coste que puede suponer para éstos la suscripción de un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria. Por tanto, se produce una total desatención del colectivo de inmigrantes irregulares en materia de asistencia sanitaria y con ello se desconoce lo previsto en el art. 43.2 CE que impone una obligación a los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública. Teniendo en cuenta los efectos que dicha desatención conlleva en el conjunto de la sociedad, tal y como se ha puesto de manifiesto más arriba, habría que recordar la función social que cumple la protección de la salud, especialmente su vertiente preventiva, la cual quedaría en entredicho con el nuevo marco legal²⁷. Este aspecto es que el destaca el Tribunal Constitucional en su Auto de 13 de diciembre de 2012 para aceptar las alegaciones del Gobierno vasco respecto a que excluir a determinados colectivos de la atención sanitaria supondría poner en riesgo su salud “lo que repercutiría no solo 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”. El auto del constitucional establece que los poderes públicos deben “garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud”, y que el argumento del ahorro no puede prevalecer sobre el interés general de preservar la salud.

En tercer lugar, lo anterior debe enlazarse con los consabidos problemas de (in)efectividad de los derechos sociales reconocidos a los extranjeros, los cuales encuentran también una importante dimensión constitucional, si bien se vincula a una problemática más amplia, la del principio de igualdad de oportunidades para personas y

²⁶ MOLINA NAVARRETE, C., “Artículo 12...”, *op. cit.*, p. 233.

²⁷ Hay que recordar los problemas provocados con anterioridad a la Ley 4/2000, que negaba la atención sanitaria a los inmigrantes en situación irregular (salvo el acceso a las urgencias). Como subraya AJA, “antes, los inmigrantes que tenían tarjeta sanitaria se la prestaban a los que carecían de ella, de manera que aparecían unos antecedentes médicos surrealistas; tampoco se podía controlar la eventual importación de enfermedades características de otros países; y en la práctica se dejaba sin atención a muchos enfermos, que lo necesitaban pero no se atrevían a acudir a un hospital (...)” (*Inmigración y democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 2012, p. 381).

grupos que parten de condiciones diferentes e inferiores socio-económicamente²⁸. Esta cuestión debe enlazarse con la función que el derecho a la salud cumple en el ámbito de la integración social de los extranjeros. Y así, aún siendo conscientes de los límites que la realización efectiva de los principios rectores de la política económica y social genera, no cabe duda de que la exclusión generalizada del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros sin autorización de residencia legal en modo alguno contribuye a su efectividad.

Por último, y en línea con lo anterior, la ruptura de la tendencia instalada en nuestro país de favorecer la extensión subjetiva de la asistencia sanitaria, una tendencia expansiva que va más allá de la ampliación acaecida por las prestaciones asistenciales, que condicionan la cobertura a la falta de medios de subsistencia, supone un importante retroceso en la construcción de una ciudadanía social, entendida como categoría sociojurídica comprensiva de un estatuto legal y un estatus social reconocidos a los miembros de pleno derecho de una sociedad en la se hallan integrados mediante un determinado vínculo de pertenencia y al margen de un origen nacional, racial o étnico, así como de cualquier otra condición o circunstancia social²⁹. Así, las respuestas normativas dadas hasta la reforma actual habían asumido como estructural la presencia en nuestro país de extranjeros, regulares o irregulares, igualándose en derechos con los nacionales por su papel como contribuyentes netos al sistema. El nuevo marco legal desconoce esta tendencia histórico-progresista para volver a realzar la idea (nunca abandonada y de clara inspiración liberal) del sometimiento del ejercicio de determinados derechos a la condición administrativa de autorización de residencia legal.

²⁸ *Vid.*, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “Ciudadanía, solidaridad y extranjería...”, *op. cit.*, p. 240.

²⁹ MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2005, pp. 32-41.

