

## SANIDAD REFORMADA Y MOVILIDAD DE PERSONAS: EL ACCESO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE COMUNITARIOS Y EXTRACOMUNITARIOS EN CUESTIÓN

**Luis Ángel Triguero Martínez**

*Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.  
Acreditado al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad.  
Universidad de Granada*

---

### EXTRACTO

En un escenario de reformas estructurales se acometió la afectante al bien social de la salud. Es decir, se produjo la reforma sanitaria. Una reforma omnicomprendiva, por medio del Real Decreto-Ley 16/2012, con el pretendido fin del ahorro en el gasto –e inversión social– sanitario. Esta afectó esencial y nuclearmente al derecho a la asistencia sanitaria y, dentro de este, a las personas que pueden acceder a él en aras de la tutela de su salud. Principal y esencialmente, dos de los colectivos que se vieron afectados fueron el de comunitarios y extracomunitarios, subjetivando y concretando las posibilidades de acceso, no sin polémica jurídica y de política social. De su análisis, estudio y valoración de conjunto, se manifiesta un retroceso, en forma de mayores exigencias para la protección de la salud de ambos colectivos, implicando, en cierta medida, una ruptura y mercantilización de la auténtica y genuina razón de ser de este derecho social fundamental.

**Palabras claves:** sanidad, protección de la salud, asistencia sanitaria, comunitarios y extracomunitarios.

---

*Fecha de entrada: 02-06-2014 / Fecha de revisión: 18-06-2014 / Fecha de aceptación: 20-06-2014*

## REFORMED HEALTH AND MOBILITY OF PEOPLE: ACCESS TO HEALTH PROTECTION OF COMMUNITY AND NON COMMUNITY-EU

Luis Ángel Triguero Martínez

---

### ABSTRACT

In a scenario of the structural reforms to the social good health impairment occurred. That is, health reform occurred. An all-inclusive reform, by Royal Decree-Law 16/2012, with the intended purpose of the savings in health spending and social investment. This affected nuclear-essential and the right to health care and, within it, to the people who can access it in the interest of protection of health. Primarily and essentially, two of the groups that were affected were the community and extra, subjecting and specifying the accessibility, without legal controversy and social policy. In his analysis, and overall assessment study, a setback occurs in the form of greater demands for the protection of the health of both groups, implying some extent a break and commodification of authentic and genuine reason for this right fundamental social.

**Keywords:** health, health protection, health care, community and non community-EU.

---

---

## Sumario

- I. El derecho social fundamental a la asistencia sanitaria y la vertiente de la tutela de la salud pública como bien socialmente protegible
  1. Protección de la salud y asistencia sanitaria: regulación jurídico-constitucional
  2. El grupo normativo jurídico-legal regulador y los sistemas de Seguridad Social y Nacional de Salud
- II. La ruptura de un derecho social fundamental: de la titularidad universal de la asistencia sanitaria a la condición de asegurado
- III. Novedades jurídico-normativas en la protección de la salud de extracomunitarios y comunitarios. Análisis y valoración en el marco de la política jurídica de inmigración y extranjería
  1. La subjetivada asistencia sanitaria de las personas extracomunitarias
    - 1.1. El derecho a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras inmigrantes: sentido y alcance en su evolución legislativa
      - 1.1.1. La Ley Orgánica 7/1985: del silencio a la sujeción del derecho a la condición administrativa de la persona
      - 1.1.2. La Ley Orgánica 4/2000: avances y retrocesos
    - 1.2. El derecho a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras inmigrantes sin recursos. La pretendida recuperación de la universalidad
    - 1.3. El derecho a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras con recursos: entre lo público y lo privado
  2. La asistencia sanitaria de las personas comunitarias: la pretendida prevención del turismo sanitario
- IV. Reflexión conclusiva

### Bibliografía

«En toda nación culta y civilizada se prestan las mayores consideraciones a los individuos de otra sociedad».

Antonio Alcalá Galiano<sup>1</sup>

## I. EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA ASISTENCIA SANITARIA Y LA VERTIENTE DE LA TUTELA DE LA SALUD PÚBLICA COMO BIEN SOCIALMENTE PROTEGIBLE

En un modelo de Estado social y democrático de derecho, *ex* artículo 1.1 de la Constitución<sup>2</sup>, la protección de la salud de las personas es nuclear. Justificación de ello se halla en la concisa regulación jurídico-constitucional y jurídico-legal de la misma. En ambos se establecen los pilares esenciales del alcance y consideración que posee la tutela de la salud pública, por medio del acceso a la asistencia sanitaria, como bien socialmente protegible en el seno de la sociedad y para con los miembros que la conforman.

### 1. PROTECCIÓN DE LA SALUD Y ASISTENCIA SANITARIA: REGULACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

A diferencia de como sucede con otros derechos reconocidos constitucionalmente, no se encuentra en la [Constitución Española](#) un derecho a la asistencia sanitaria *ad hoc*, específico, expreso. El mismo deriva implícita y lógicamente del artículo 43.1, 2 y 3 de esta, al reconocerse, respectivamente, en primer lugar, de forma impersonal –por tanto, universal– el derecho a la protección de la salud; en segundo lugar, la organización y tutela de la misma por parte de los poderes públicos mediante medidas preventivas, así como a través de las prestaciones y servicios necesarios; y, en tercer lugar, el fomento de la educación en la materia. A tal fin, es el desarrollo legal del mismo el que establece los derechos y deberes de todos al respecto: con carácter general, la [Ley](#)

<sup>1</sup> ALCALÁ GALIANO, A.: *Máximas y principios de la legislación universal*, Granada: Comares, 2006, pág. 118.

<sup>2</sup> Sistemáticamente, sobre las implicaciones y aporías de esta cláusula, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador», en AA. VV., Garrido Pérez, E. (coord.), *Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2013, págs. 99-103. Sobre su conceptualización, SERRANO GARCÍA, J. M.<sup>a</sup>: «Conceptualización de Estado social», en *Derechos y política social*, Albacete: Bomarzo, 2012, págs. 15 y ss.

14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública<sup>3</sup>.

*A priori*, claramente, se está diferenciando constitucionalmente entre la salud en su vertiente individual –la de todas y cada una de las personas, hecho que abre indeterminadamente la expectativa al conjunto de medios adecuados para protegerla– y su vertiente colectiva –tutela conjunta de la misma impuesta a los poderes públicos–<sup>4</sup>. Y, *a posteriori*, se regulan triplemente las dimensiones de su contenido: positiva –derecho a un conjunto de medidas que recaen sobre el Estado–, negativa –derecho a que el Estado se abstenga de cualquier acto que lesione la salud de toda persona– e igualitaria –derecho a acceder a todas las personas, independientemente a su condición, a los servicios sanitarios–<sup>5</sup>. Dimensiones todas ellas puestas, *a priori*, en entredicho bajo el paraguas del ahorro presupuestario, tras la aprobación y entrada en vigor 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, que reforma el marco jurídico-legal apuntado, contradiciendo casi, incluso, el sentido y alcance de la regulación constitucional.

En este sentido, tanto de este último como de la consideración jurídico-legal de la salud como un bien social jurídico –la salud como derecho–<sup>6</sup> en el seno del ordenamiento jurídico general<sup>7</sup>, se desprende la vertiente jurídica de este derecho en un doble sentido: como un clásico derecho de prestación –un derecho a– y como un derecho de libertad. Es decir, como un derecho social de la personalidad que exige a los poderes públicos actuaciones y medidas concretas para su atención –una política sanitaria–<sup>8</sup>, así como de la abstención para evitar perjuicios sobre la

<sup>3</sup> En clara consonancia con el sentido y alcance del artículo 43 de la Constitución, la Ley 14/1986 estableció como uno de los principios generales, en su artículo tercero, que el sistema sanitario se orientase prioritariamente hacia la prevención y la promoción de la salud; la Ley 16/2003 sentó las bases para una prestación asistencial de calidad por los servicios sanitarios; y la Ley 33/2011 focalizó su atención en la vertiente preventiva y de protección y promoción de la salud.

<sup>4</sup> APARICIO TOVAR, J.: «El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria», en AA. VV., Moneiro Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Granada: Comares, 2002, pág. 1.553. ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid: Tecnos, 2001, pág. 298.

<sup>5</sup> BORRAJO DACRUZ, E.: «Comentario al artículo 43 de la Constitución Española», en AA. VV., Alzaga, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid: Edersa, 1996, págs. 195 y ss.

<sup>6</sup> VÁZQUEZ GARRANZO, J.: «La protección de la salud», en AA. VV., Palomar Olmeda, A. (coord.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, tomo II, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2010, pág. 221.

<sup>7</sup> La Organización Mundial de la Salud define, en el preámbulo de su constitución, a la salud como un *estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*. En relación con esta definición, LUELMO MILLÁN, M. Á. «Salud», en AA. VV., Sempere Navarro, A. V., Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Aguilera Izquierdo, R. (dir. y coord.), *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2009, págs. 1.251-1.252.

<sup>8</sup> Sobre la reorganización de la medicina en el marco de una política general de salud, DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción y estudio preliminar sobre *la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social* por VIDA SORIA, J., Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1999, págs. 539 y ss.

misma. Ahora bien, formalmente, por su ubicación constitucional, en el capítulo III –de los principios rectores de la política social y económica– del título primero –de los derechos y deberes fundamentales–, *stricto sensu* no se puede categorizar al mismo, desde una perspectiva jurídico-formal, como fundamental. Sin embargo, materialmente sí se ha de considerar así: de una parte, es complementario de otros derechos fundamentales, siendo paradigmático el de la vida y la integridad física –art. 15, contenido mínimo y presupuesto existencial para la salud–, vinculándose así con el valor de la dignidad humana reconocido en el artículo 10 de la propia Constitución; y, de otra parte, es condición previa para el ejercicio de los restantes derechos fundamentales<sup>9</sup>. Destaca así, implícitamente, el carácter inclusivo de este derecho social<sup>10</sup>.

Desde esta regulación jurídico-constitucional, no se desprende, por tanto, automáticamente de este artículo 43, un derecho subjetivo de la persona. Pero tampoco se ha de entender que cualquier forma de proteger a la salud es válida. Solo vale y cabe la protección de la misma a través de la atribución de un derecho subjetivo a favor de aquellos a quienes se quiera proteger, para lo que es clave y esencial la aplicación efectiva –adecuada al canon de reconocimiento constitucional del derecho– de la legalidad ordinaria, en aras de otorgar y completar de un modo adecuado la satisfacción del principio de protección de la salud a favor de las personas. Así, el derecho se origina y tiene su razón de ser en la propia legislación infraconstitucional que lo configure<sup>11</sup>. Es un derecho constitucional de configuración legal.

En el marco de este derecho de configuración legal, es nuclear la asistencia sanitaria. Esta, según la Organización Mundial de la Salud, es el conjunto de bienes y servicios diseñados para

<sup>9</sup> Insistiendo en la asistencia sanitaria como un derecho fundamental que pertenece a todas las personas, así como resaltando la evolución de la provisión del servicio de asistencia sanitaria en su doble vertiente jurídica como derecho fundamental de libertad y de prestación, *vid.*, ampliamente, al respecto, MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C.: «La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el sistema nacional de salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N., *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada: Comares, 2007, págs. 3-50. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. «La asistencia sanitaria en la Constitución Española», en AA. VV., GARRIDO PÉREZ, E. (coord.), *Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, cit., págs. 560 y ss.

<sup>10</sup> En este sentido, se afirma este carácter partiendo de que el propio derecho no radica en el adecuado cuidado de la salud, sino en su extensión al acceso a condiciones sanitarias mínimas, agua potable, nutrición básica, buena salud reproductiva, etc., GARCÍA VAZQUEZ, S.: *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pág. 159.

<sup>11</sup> Planteamiento técnico-jurídico seguido por la [STC 95/2000](#), en relación con la negación del derecho a la asistencia sanitaria a una persona extranjera inmigrante que, careciendo del permiso de residencia, alega la protección de la salud reconocida en el artículo 43 de la Constitución española. Sobre estos planteamientos, doctrinalmente, *vid.*, APARICIO TOVAR, J.: «El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, cit., pág. 1.558. MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el sistema nacional de salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (dirs.), *Comentario Práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, cit., págs. 20-21.

promover la salud. Así pues, comprende tanto los servicios médicos y farmacéuticos, como los bienes derivados de ella destinados a conservar o restablecer la salud de toda persona beneficiaria de la misma. Es una prestación técnica esencial de la protección de la salud, consistente en la prevención, mantenimiento y recuperación de la misma. Teniendo presente su contenido, sentido y alcance, el derecho a esta asistencia sanitaria, en clara consonancia con el derecho constitucional del que deriva, es un derecho de marcado carácter prestacional de configuración legal que se ha de reconocer a todas las personas por el simple hecho de serlo<sup>12</sup>. Es un derecho de la personalidad.

En esta dirección, se ha de tener presente y reconocer que la universalidad intrínseca al derecho a la asistencia sanitaria –del acceso a los servicios sanitarios– se debe, en parte, a la inspiración del artículo 43 de la Constitución en los propios textos internacionales reconocedores del estándar mínimo de protección de los derechos humanos fundamentales<sup>13</sup>. De especial significación, al respecto, son los artículos 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el que se establece que *toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud y el bienestar*; el 12.1, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que *se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*; el 11, de la Carta Social Europea, que establece un específico derecho a la protección de la salud, en términos garantistas de ejercicio efectivo; o el 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por el que *toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales*, especificando que *al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*<sup>14</sup>. Común a todos ellos es, por tanto, su regulación en cuanto derecho social de ciudadanía reconocido a todas las personas sin discriminación alguna en la protección o tutela de la salud.

## 2. EL GRUPO NORMATIVO JURÍDICO-LEGAL REGULADOR Y LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL Y NACIONAL DE SALUD

Ante esta configuración del derecho, y el mandato constitucional, aparece el Sistema Nacional de Salud (SNS) como el garante institucional de la propia asistencia sanitaria, entendida esta materialmente en cuanto derecho fundamental de marcado carácter social contra el riesgo de la

<sup>12</sup> En este sentido, destacando su universalidad, VENTURI, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, págs. 350-361.

<sup>13</sup> Específicamente, TRILLO GARCÍA, A. y LLORENTE ÁLVAREZ, A.: «La regulación internacional de la protección de la salud», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (dirs.), *Comentario Práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, cit., págs. 51-65.

<sup>14</sup> *Vid.* un comentario en profundidad al mismo, por MONEREO PÉREZ, J. L.: «Protección de la salud», en AA. VV., Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (dir. y coord.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, 2012, págs. 939 y ss.

enfermedad<sup>15</sup>. Es así porque el propio derecho y la protección del riesgo quedan cubiertos sobre el fundamento en los valores esenciales de la igualdad y la solidaridad. Es importante subrayar aquí cómo el propio [Real Decreto-Ley 16/2012](#) define y concibe en la actualidad al SNS, ya que lo entiende, omnicomprendivamente, como un modelo configurado por el conjunto coordinado de los servicios de salud de la Administración General del Estado y los servicios de salud de las diferentes comunidades autónomas, a fin de garantizar la protección de la salud sobre la base de la financiación pública, la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios<sup>16</sup>.

Asimismo, estos valores apuntados, el de igualdad y solidaridad, también son intrínsecos al sistema público de Seguridad Social. Se manifiesta en su concepción como un sistema de medidas públicas organizado estatalmente, según mandato constitucional, para la ordenación de un sistema de solidaridad en aras de la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables encaminadas hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad garantizando un nivel mínimo de rentas<sup>17</sup>. En suma, se protegen, cubren y satisfacen de un modo adecuado las situaciones de necesidad, tal y como se desprende del artículo 41 de la Constitución –derecho a la Seguridad Social– y su idéntica concepción de derecho social integrado en el capítulo III del título I. Ello se deduce de la interconexión existente entre, por una parte, el mismo artículo 41, por el que se encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de *un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*; y, por otra parte, del propio artículo 43.1, que reconoce el derecho a la protección de la salud.

<sup>15</sup> La Ley General de Sanidad –Ley 14/1986, de 25 de abril– pretendió configurar un sistema sanitario único integrado por todos los existentes hasta su momento y que gozase de autonomía funcional y conceptual con respecto al sistema de Seguridad Social. Sin embargo, este sistema, denominado Sistema Nacional de Salud, se ha caracterizado por la descentralización fruto de la progresiva asunción de competencias en este ámbito por parte de las distintas comunidades autónomas. Esto ha supuesto que se defina legalmente tal sistema, en el artículo 44.2 de la citada ley, como «el conjunto de servicios de salud de la Administración del Estado y de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas». Con la clara intención de una adecuada construcción jurídico-política del sistema, destaca como texto jurídico-legal esencial al respecto y de referencia, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional del Salud. En este sentido, *vid.* AA. VV., Martín Valverde, A. y García Murcia, J. (dir. y coord.), *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, vol. I, Navarra: Thomson Aranzadi, 2008, págs. 683-687. Asimismo, se apuesta por la interpretación de que el artículo 43 es un mandato dirigido a los poderes públicos para que organicen la asistencia sanitaria, para que adopten el conjunto de medidas necesarias a fin de lograr la prevención de enfermedades o la mejora de las condiciones sanitarias generales, DE LORA, P. y ZÚÑIGA FAJURI, A.: *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Madrid: Iustel, 2009, págs. 197-198.

<sup>16</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T.: «Asistencia sanitaria», en AA. VV., Sempere Navarro, A. V. (dir.), Kahale Carrillo, D. T. (coord.), *Reforma de la salud pública y la asistencia sanitaria. Estudio de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública y del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, sobre sostenibilidad del Sistema nacional de Salud*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 435.

<sup>17</sup> ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 16.ª ed., Madrid: Civitas, 1998, pág. 38. Este concepto se halla en clara conexión con la concepción de la Seguridad Social como conquista democrática y los principios de dinamismo, solidaridad, obligatoriedad, publicidad e igualdad que la caracterizan, APARICIO TOVAR, J.: «La Seguridad Social como conquista democrática», *Revista de Derecho Social de Latinoamérica*, núm. 2, 2007, págs. 18-30. En sentido análogo, Venturi, A.: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, cit., págs. 273-279.

La consecuencia inmediata y directa es que la asistencia sanitaria ligada al sistema de Seguridad Social público se configura como un sistema basado en la solidaridad de los beneficiarios, dentro de una técnica definida como actuarial. Por tanto, la medicina pública y la asistencia sanitaria correspondiente prestada por los organismos del Sistema se ha de mover dentro de sus límites presupuestarios<sup>18</sup>, pero a su vez con una clara vocación de generalidad y universalidad<sup>19</sup>. Significativo es que en el preámbulo del citado [Real Decreto-Ley 16/2012](#) se establezca que el fin último de la reforma es garantizar a los ciudadanos una asistencia sanitaria pública, gratuita y universal. Es por ello por lo que esta vocación, necesariamente, se ha de entender como el derecho de toda persona al acceso a los servicios sanitarios, no de la gratuidad de los mismos en todo caso y para todos, que es diferente<sup>20</sup>. Se justifica así como lo que se persigue con la reforma es una reducción significativa del gasto social en sanidad, mercantilizando esta<sup>21</sup> y sometiendo a ella la garantía y efectividad del derecho<sup>22</sup>. El modo de proceder: establecimiento de un marco sostenible que clarifica los destinatarios del derecho y sus contenidos sobre la base de la vinculación efectiva entre las prestaciones y su financiación vía impositiva.

En este sentido, no se ha de obviar que la jurisprudencia, realizando una interpretación conjunta del artículo 102.3 de la [Ley General de Seguridad Social](#)<sup>23</sup> y el 18 del [Decreto 2766/1967](#),

<sup>18</sup> Tal y como se afirma, entre otros, en los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1986, de 16 de febrero de 1988, de 31 de octubre de 1988, de 15 de noviembre de 1989, de 16 de noviembre de 1989, de 7 de mayo de 1990, de 17 de julio de 1990, de 13 de febrero de 1994, de 30 de noviembre de 1994, de 8 de noviembre de 1995, de 13 de octubre de 1995, de 21 de diciembre de 1995, de [8 de marzo de 1996](#), de [26 de abril de 1996](#). Doctrinalmente, se ha mantenido la compatibilidad de este derecho el sistema de Seguridad Social y su organización y previsión por razones de complejidad técnica, generalización financiera y oportunidad de mayor competencia autonómica, independientemente a que cada vez más se acuda al mercado para la provisión del mismo, MOLINA NAVARRETE, C.: «La protección de la salud en el Sistema de Seguridad Social: dos historias inacabadas y confusas de segregación normativa e institucional», en AA. VV., 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. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada: Comares, 2008, págs. 1.218-1.219.

<sup>19</sup> Muestra de ello es el caso del artículo 38.1 a) de la Ley General de Seguridad Social, al establecer que la acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprende la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y accidentes, sean o no de trabajo.

<sup>20</sup> SERRANO FALCÓN, C.: «Ámbito subjetivo. El supuesto de los nacionales de terceros países», en AA. VV., Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M.ª D. (dirs.), *Derecho y medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pág. 291. Prestando especial atención a la inmigración extranjera en relación con los sobrecostos y sobrecarga del sistema sanitario, ARBELÁEZ RUDAS, M.: «Los derechos sanitarios de los inmigrantes», en AA. VV., Aja, E.; Montilla, J. A. y Roig, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, págs. 500-501.

<sup>21</sup> En este sentido, MOLINA NAVARRETE, E. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Elevando el "umbral del dolor" de la mala gestión de la crisis: recortes travestidos de reforma sanitaria», *RTSS.CEF*, núm. 351, 2012, pág. 10.

<sup>22</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Granada: Comares, 2012, págs. 325-326.

<sup>23</sup> Al respecto, se ha de afirmar y manifestar la separación normativa de la protección de la salud con respecto a la Seguridad Social, cuyo exponente más evidente viene dado, de una parte, por la promulgación de la Ley Gene-

de 16 de noviembre, derogado por el [Real Decreto 63/1995](#), en la redacción dada por el Decreto 2575/1973, de 14 de septiembre, puso de relieve que la Seguridad Social ha de responder en su actividad a unas normas preestablecidas, en cuanto prestación de las correspondientes asistencias, a fin de garantizar tanto la eficacia como la igualdad en los servicios prestados como la necesaria estabilidad financiera del sistema, lo que supone un equilibrio entre los intereses individuales y colectivos y el reconocimiento de unos límites inherentes a la asistencia debida por la Seguridad Social, si bien estos, por su naturaleza especial, no se concretan en la norma ([STSJ del País Vasco, de 14 de junio de 2005](#), FJ 3.º).

Asimismo, tampoco se ha de olvidar la dialéctica interna presente en la tendencia jurídico-política e institucional existente de regular separadamente o en conexión la asistencia sanitaria en relación con el sistema de Seguridad Social<sup>24</sup>. Modelo separatista es la propia [Ley 14/1986, General de Sanidad](#), ya que trata de dotar claramente del carácter de autonomía a esta prestación para todas las personas, sean trabajadoras o no e independientemente a su nacionalidad. Paradigmático es, al respecto, el hecho de que la asistencia sanitaria, actualmente, no se preste por el ente gestor de la Seguridad Social, sino a través, precisamente, de los servicios de salud de las comunidades autónomas. *A sensu contrario*, situación de conexión es la responsabilidad del Instituto Nacional Seguridad Social (INSS) o, en su caso, del Instituto Social de la Marina (ISM) –entidades gestoras, ambas, de la Seguridad Social– en materia de reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario, mediante sus direcciones provinciales, *ex* artículo 3 bis.1 de la [Ley 16/2003](#). Actúa así este tanto en el marco del sistema de Seguridad Social como fuera del mismo, cuando reconoce o deniega el acceso a prestaciones.

Desde la política del derecho, no es necesaria, ni útil, una tensión o dialéctica de carácter fragmentador e independizador del sistema encargado de hacer efectivo este derecho a la asistencia sanitaria. Muy al contrario, se debe entender a ambos como parte básica de un grupo normativo<sup>25</sup>

---

ral de Sanidad y, de otra, por la exclusión de la refundición que ha dado lugar al Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994, del capítulo IV, rubricado como asistencia sanitaria, del título II del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974, capítulo que no ha sido derogado por aquella. Así, las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social continúan regulándose, como se ha advertido, en el capítulo IV del título II de la Ley General de Seguridad Social de 1974 y en las disposiciones transitorias quinta (párrafos 1 a 3) y sexta (párrafos 4 y 9). Sin embargo, estas normas han sido sucesivamente reformadas. De esta manera, el capítulo IV ha quedado afectado por la Ley General de Sanidad y sus normas de desarrollo y por la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, actualmente derogada por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Insalud. Este último ha sido sustituido por la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, ley que ha sido desarrollada por el Real Decreto-Ley 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Insalud.

<sup>24</sup> Ilustrativamente, PANIZO ROBLES, J. A.: «El derecho a la asistencia sanitaria en España: ¿derecho de seguridad social o asistencia sanitaria pública?», *RTSS.CEF*, núm. 367, 2013, págs. 116-121; SERRANO GARCÍA, J. M.º: «Derecho a la salud», en AA. VV., Mendoza Navas, N. y Serrano García, J. M.º (coords.), *Derechos y política social*, cit., págs. 114-118.

<sup>25</sup> Entendido este como un conjunto de reglas jurídicas, cualquiera que sea su rango normativo, que confluyen en la regulación de un caso –en este supuesto, de la salud y la asistencia sanitaria–, no pudiendo directamente resolver la

regulador claramente interconectado<sup>26</sup>, en aras de ofrecer la asistencia sanitaria debida para la protección de la salud, como establece la Constitución<sup>27</sup>. Muestra de ello es el hecho de que aquella, a través de la condición de asegurado, depende tanto de las entidades gestoras de la Seguridad Social, como de la Administración sanitaria autonómica –entidad encargada de otorgar y entregar el documento administrativo de la tarjeta sanitaria individual, por la que se facilita el acceso de las personas a las prestaciones concretas<sup>28</sup>.

## II. LA RUPTURA DE UN DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL: DE LA TITULARIDAD UNIVERSAL DE LA ASISTENCIA SANITARIA A LA CONDICIÓN DE ASEGURADO

En un escenario político de reformas estructurales, se adoptó el ya citado [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. Este implica, de una forma inmediata y apriorística en el marco de la reforma que lleva a cabo<sup>29</sup>, un cambio de concepción, un cambio de modelo, que afecta al derecho social fundamental a la asistencia sanitaria. Un cambio de concepción en forma de ruptura y de retroceso, porque el mismo, hasta la fecha apuntada en la que se aprueba la reforma del sistema afectante a este derecho, era de sujetos titulares y no de sujetos asegurados. Es así porque se involuciona en su sentido y alcance. Significativo, al respecto, es que, en cierta medida, se ignore lo que ya en su momento los grandes intérpretes doctrinales de la Constitución coincidieron en afirmar de que el artículo 43 de nuestra Norma Fundamental suponía la superación total del concepto de seguro en el marco de esta cuestión<sup>30</sup>. Por tanto, se retrocede<sup>31</sup>.

cuestión, en algunas ocasiones, sin acudir a otros grupos normativos, VILLAR PALASÍ, J. L.: *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Madrid: Tecnos, 1975, págs. 56-59.

<sup>26</sup> Vid. MONTOYA MELGAR, A.: «Asistencia Sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (Apunte para su estudio)», *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 2004. Igualmente, vid. MOLINA HERMOSILLA, O.; VILLAR CAÑADA, I. y GÓMEZ JIMÉNEZ, J. M.: «La asistencia sanitaria como prestación del Sistema de Seguridad Social y su provisión a través del Sistema Nacional de Salud», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N., (coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, cit., págs. 1.225-1.250.

<sup>27</sup> En este sentido, ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., págs. 294-297.

<sup>28</sup> VÁZQUEZ GARRANZO, J.: «La protección de la salud», en AA. VV., Palomar Olmeda, A. (coord.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, tomo II, cit., págs. 238-239.

<sup>29</sup> Sistemáticamente, MORENO FUENTES, F. J.: «Retos, reformas y futuro del Sistema Nacional de Salud», *REAF*, núm. 18, 2013, pág. 238 y ss.

<sup>30</sup> Desde esta perspectiva, PALOMAR OLMEDA, A.: «La asistencia sanitaria en España», en Palomar Olmeda, A.; Larios Risco, D. y Vázquez Garranzo, J.: *La reforma sanitaria*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 53.

<sup>31</sup> Matizadamente se ha apuntado también la consideración de que no es tanto el retroceso en la práctica, en la realidad, pues la universalidad era más formal que otra cosa, MOLINA NAVARRETE, E. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Elevando el "umbral del dolor" de la mala gestión de la crisis: recortes travestidos de reforma sanitaria», cit., pág. 25.

En este sentido, de un lado, se parte de una situación en la que estaba vigente una concepción de este derecho avanzada y coherente con el significado e implicaciones más auténticas y genuinas del modelo de Estado social y democrático de derecho, ya que gozaba de una titularidad universal al ser beneficiarias todas las personas sin discriminación<sup>32</sup>, sobre la base implícita de la consideración de la salud como un bien social universal necesitado de tutela y protección. Y, de otro lado, sin embargo, se deriva, se llega, a la instauración de la condición de asegurado, recuperando así y volviendo a la actualidad esta concepción. Es así porque, desde un primer momento, se viene a dejar claro que la asistencia sanitaria prestada en el marco del SNS se garantiza y, por ende, tiene contenido y efectividad el derecho apuntado, solamente a las personas que tengan la condición de asegurado.

En suma, se transita de una sanidad universal asentada en la residencia y en una ciudadanía que atribuye derechos –implícitamente, una ciudadanía social e inclusiva, propia e inherente a un modelo de Estado social–<sup>33</sup>, a otra sanidad asentada en la condición de asegurado –ciudadanía social restrictiva–<sup>34</sup>. Una condición de asegurado que, *ex* artículo 3.2 de la [Ley 16/2003, de 28 de mayo](#), de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, a los efectos que interesan aquí, conlleva explícitamente la necesidad de haber tenido un vínculo laboral, tenerlo en la actualidad o tener relación familiar con la persona en alguna de las dos situaciones anteriores. Se desemboca, por ende, en un aseguramiento contributivo y en un aseguramiento asistencial<sup>35</sup>. Dos implicaciones inmediatas se derivan en clave restrictiva: de una parte, la esencialidad del vínculo laboral o prestacional del sistema; y, de otra parte, la pérdida de automaticidad del derecho, al no vincularse a la condición de persona ciudadana, sino a la existencia de una relación laboral o prestacional actual o pasada<sup>36</sup>. De ahí el nuevo rol atribuido de reconocimiento y control de la condición de beneficiario al INSS –o al ISM– por el artículo 3 bis 1, el cual la reconocerá de oficio o previa solicitud del interesado. En esencia, se sobreentiende que las personas aseguradas han de disponer de un número de afiliación a la Seguridad Social y, adicionalmente, encontrarse en los supuestos legalmente establecidos.

<sup>32</sup> En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: «Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012: sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático-social», *REDT*, núm. 157, 2013, pág. 48 y ss.

<sup>33</sup> En esta dirección, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, cit., págs. 383-384.

<sup>34</sup> Paradigma de la consolidación de este tránsito es la matización introducida por la disposición final décima primera de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, con vigencia desde el 1 de enero de 2014, respecto a la condición de asegurado –cambiando la redacción de la letra d) del art. 3.2 de la propia Ley 16/2003– y por la que se deja sin cobertura y sin protección por el derecho a la asistencia sanitaria a aquellas personas –incluidas las nacionales– que pierdan la situación de residencia al pasar más de tres meses fuera del país.

<sup>35</sup> MOLINA NAVARRETE, E. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Elevando el "umbral del dolor" de la mala gestión de la crisis: recortes travestidos de reforma sanitaria» cit., pág. 26.

<sup>36</sup> En esta dirección, PALOMAR OLMEDA, A.: «La asistencia sanitaria en España», en Palomar Olmeda, A.; Larios Risco, D. y Vázquez Garranzo, J., *La reforma sanitaria*, cit., págs. 54-55.

Muestra de ello es que, según el apartado segundo del mismo artículo tercero, están aseguradas las personas que: tengan la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia estando afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; ostenten la condición de pensionista del sistema de Seguridad Social; sean perceptores de cualquier prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo y no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España.

Sin embargo, sí es cierto que estas implicaciones restrictivas, *a posteriori*, se flexibilizan matizadamente y se convierten o transforman en más laxas, porque con criterios adicionales establecidos normativamente en la concreción y desarrollo de la reforma introducida por el [Real Decreto-Ley 16/2012](#), se encuentra y halla una tendencia implícita hacia la universalidad, hacia la extensión universal de la condición de asegurado. Ahora bien, una apertura selectiva o universalidad selectiva –por contradictorio que parezca ante el significado de los términos– sobre la base de criterios adicionales establecidos.

Caso paradigmático de esta circunstancia se produce con el apartado tercero –en relación con comunitarios y extranjeros, posteriormente comentado específicamente– y cuarto del citado artículo tercero, ya que tienen la condición de beneficiario de un asegurado, en tanto en cuanto presenten residencia en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad acreditando la correspondiente inscripción oficial; el excónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%<sup>37</sup>. Sin embargo, *a sensu contrario*, hace necesario repensar la tendencia apuntada el hecho de que quedan excluidas tanto las personas protagonistas de una relación análoga de afectividad al matrimonio que no se encuentra adecuadamente formalizada en el correspondiente registro, como los descendientes a cargo mayores de 26 años o que tengan una incapacidad igual o inferior al 64%. O, significativamente y retomando los supuestos, con el artículo 3 ter, relativo a asistencia sanitaria en situaciones especiales, también posteriormente analizado.

En cualquier caso, el cumplir con los requisitos exigidos para alcanzar la condición de asegurado, reconocida esta por el INSS o, en su caso, el ISM, habilita para que la Administración sanitaria autonómica competente entregue a la persona la tarjeta sanitaria individual. Esta, en pura esencia, es la que da contenido, eficacia y garantía al derecho a la asistencia sanitaria en orden al acceso a las prestaciones del Sistema<sup>38</sup> y, en definitiva, a la protección de la salud de la persona.

<sup>37</sup> Se sustentan estos supuestos sobre la base del parentesco, fundamento esencial y clave en el seguro de enfermedad, PALOMAR OLMEDA, A.: «La asistencia sanitaria en España», en Palomar Olmeda, A.; Larios Risco, D. y Vázquez Garranzo, J., *La reforma sanitaria*, cit., pág. 59.

<sup>38</sup> Monográficamente, BLASCO LAHOZ, J. F.: *Las prestaciones sanitarias, tras sus últimas reformas*, Albacete: Bomarzo, 2013, *passim*.

### III. NOVEDADES JURÍDICO-NORMATIVAS EN LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE EXTRACOMUNITARIOS Y COMUNITARIOS. ANÁLISIS Y VALORACIÓN EN EL MARCO DE LA POLÍTICA JURÍDICA DE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA

Uno de los ejes centrales de la reforma sanitaria emprendida y llevada a cabo por 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, es limitar y acotar la condición de asegurado sobre la base de la financiación vía impositiva de las prestaciones y del SNS. Esta perspectiva es la que conlleva que aquella persona no nacional del Estado español con residencia en el mismo sea objeto de atención en relación con los requisitos exigidos para ostentar la condición de asegurado. Se considera la protección de la salud de las personas no nacionales un gasto social, una inversión social, en la que hay que poner orden y acotar los casos, supuestos y exigencias para acceder a la protección. Una casuística, que, como veremos, genera conflictividad, exclusión o limitaciones<sup>39</sup>, recordemos, en contenidos de derechos sociales fundamentales. Se incluyen, por tanto, y se diferencian en el análisis, los extranjeros inmigrantes nacionales de terceros Estados, de los comunitarios o nacionales de cualquier Estado miembro de la Unión Europea (UE).

#### 1. LA SUBJETIVADA ASISTENCIA SANITARIA DE LAS PERSONAS EXTRACOMUNITARIAS

En el contexto de crisis social, económica y de empleo actual, la respuesta político-jurídica a la inmigración extranjera por parte del poder público ha sido en una doble dirección: restrictiva y selectiva<sup>40</sup>. Por una parte, restrictiva, porque, de un lado, coyunturalmente ha restringido drásticamente y cuantitativamente las necesidades del mercado de trabajo nacional respecto a la inmigración extranjera, tal y como queda manifestado en el escaso número de ocupaciones ofertadas progresivamente en la gestión colectiva de contrataciones en origen hasta el año 2011 –antiguo contingente anual– como en los sucesivos catálogos de ocupaciones de difícil cobertura de esos mismos años, hasta llegar a no aprobar contrataciones de puestos de trabajo de carácter estable para los años 2012, 2013 y 2014 por medio de la primera, originando así una gestión colectiva de contrataciones en origen cero<sup>41</sup>; y, de otro lado, mercantilizando a las propias personas inmigrantes extranjeras impulsando

<sup>39</sup> En esta dirección, VELA DÍAZ, R.: *Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España: un enfoque de género de la política migratoria*, Granada: Comares, 2014, págs. 238-239.

<sup>40</sup> En esta dirección se defiende que se ha tratado de contener la llegada de personas inmigrantes extranjeras, drenar el mercado de trabajo nacional y dirigir selectivamente la inmigración para atender de un modo flexible las necesidades del mercado laboral, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «El régimen de la autorización de trabajo por cuenta ajena tras la Ley Orgánica 2/2009. Hacia un infra-estatuto de ciudadanía social para el trabajador inmigrante», en AA. VV., Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.), *Inmigración, mujeres y menores*, Murcia: Laborum, 2010, págs. 97-99.

<sup>41</sup> Ilustrativos de esta tendencia son los sucesivos contingentes o gestión colectiva de contrataciones en origen que se han ido aprobando desde el año 2009, pues las posibles contrataciones en el marco de los mismos se redujeron significativamente hasta, finalmente, erradicarlas. Para el año 2009, por Resolución de 26 de diciembre de 2008, de

el retorno a sus países de origen, tanto a través de la capitalización de la prestación por desempleo –programa totalmente coyuntural pero consolidado con el paso de los años aprobado en los primeros compases de la crisis económica<sup>42</sup>, como mediante los demás programas existentes al respecto sustentados en ayudas estatales o por parte de organizaciones no gubernamentales –programa de retorno voluntario para inmigrantes en situación de vulnerabilidad social; asistido con reintegración; y para inmigrantes acogidos al programa de abono anticipado de prestación a extranjeros–. Y, de otra parte, selectiva, porque ante la apuesta por un nuevo modelo productivo en el que predomine la innovación y el conocimiento, transponiendo la [Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009](#), relativa a la entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado<sup>43</sup>, en la última reforma de conjunto de la [Ley Orgánica 4/2000](#) se ha introducido el artículo 38 ter, titulado residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados. El mismo establece, para estas personas, mecanismos de entrada, permanencia y salida más flexibles y garantistas que los fijados de un modo general y clásicos ya<sup>44</sup>. Por tanto, se añade e impulsa la nueva tendencia y orientación selectiva en la entrada, permanencia y salida de estas personas extranjeras –también inmigrantes– pero cualificadas.

Una tendencia que ha dado un paso más en fechas recientes en la regulación unitaria de la inmigración y extranjería en España. Como avance de conjunto fragmentador de este modelo que poco a poco, en la corta –pero experimentada– historia del derecho regulador de la inmigración extranjera en España, se había venido consolidando a través de las reformas de su marco jurídico regulador<sup>45</sup>, se trata de imponer, superponer o fomentar otro, paralelamente, que también tiene

---

la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, se aprobaron 901 ofertas de empleo. Por medio de la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre de 2009, se aprobaron para 2010 tan solo 168 contrataciones en origen. Por Orden TIN/3364/2010, de 30 de diciembre, de 2010, se aprobaron para el año 2011 exclusivamente 14 contrataciones en origen, referidas todas ellas a la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Y, por Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, no se aprobaron contrataciones de puestos de trabajo de carácter estable por medio de esta vía, amparándose para ello en el artículo 169.3 del Real Decreto 557/2011, por el que se establece la posibilidad de que, atendiendo a la situación nacional de empleo, no se establezca cifra de puestos de trabajo a cubrir ni una delimitación de ocupaciones laborales. Se prorroga la anterior orden con idéntico significado y medida –amparándose, en este caso, en la situación nacional de empleo– por medio de la Orden ESS/2825/2012, de 27 de diciembre. Se vuelve a prorrogar igualmente por medio de la Orden ESS/2445/2013, de 23 de diciembre, por la que se prorroga la vigencia de la Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012.

<sup>42</sup> Vid. al respecto, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, cit., págs. 290-300; CHARRO BAENA, P.: «El retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios. Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: la capitalización del desempleo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 105, 2013, pág. 165 y ss.

<sup>43</sup> Desde la perspectiva de su consideración como un instrumento de la gestión activa comunitaria de las migraciones, USHAKOVA, T.: «La directiva de la tarjeta azul de la Unión Europea como instrumento de política activa de gestión migratoria», *Revista Tribuna Social*, núm. 236-237, 2010, págs. 57-69.

<sup>44</sup> Vid. al respecto, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Los profesionales altamente cualificados en el derecho migratorio», *Revista Justicia Laboral*, núm. 55, 2013, págs. 41 y ss.

<sup>45</sup> En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Estudio preliminar. Veinticinco años de legislación sobre extranjería e inmigración en España», en AA. VV., Cavas Martínez, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pág. 29 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.

por destinatario a personas extranjeras, pero con sustento en la [Ley 14/2013, de 27 de septiembre](#), de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Estos distintos modelos y la concepción de la inmigración y extranjería inherente a ellos generan, en la praxis más inmediata, una diferenciación de trato sobre la protección de la salud y el derecho a la asistencia sanitaria. En esencia, una diferencia de trato sobre derechos sociales fundamentales. Más aún cuando se desprende implícitamente que en la regulación de la condición de asegurado está presente el trasfondo de la posición económica de la persona, como se verá en el análisis que se realiza a continuación.

Esta última es la justificación del estudio separado de la asistencia sanitaria de las personas extranjeras inmigrantes atendiendo a los medios de los que dispongan y tomando en consideración los umbrales establecidos y las exigencias fijadas por la normativa específica sobre la materia. Así, se va a distinguir y diferenciar, a continuación, el estudio de una asistencia sanitaria ordinaria para extranjeros inmigrantes, de conformidad con la [Ley Orgánica 4/2000](#), otra para extranjeros inmigrantes sin recursos y, una última, de personas extranjeras con recursos.

### 1.1. El derecho a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras inmigrantes: sentido y alcance en su evolución legislativa

Uno de los aspectos o dimensiones de la reforma sanitaria que mayor interés ha suscitado y mayor repercusión social, jurídica y política ha tenido ha sido el relativo a la exclusión e inclusión de ciertos colectivos de personas extranjeras inmigrantes de la condición de asegurado. Es así porque el derecho a la asistencia sanitaria regulado en la [Ley Orgánica 4/2000](#), sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, no había sufrido muchas modificaciones en la trayectoria consolidada de reformas experimentada por esta última. Era un derecho sustraído a los vaivenes del propio legislador, hasta el [Real Decreto-Ley 16/2012](#), al implicar un cambio sustancial y muy importante en el mismo. Pero no sobre el propio derecho, sobre su sustantividad –regulada en el grupo normativo apuntado en epígrafes anteriores–, sino sobre el régimen de disfrute por parte de los extranjeros de este derecho. Por eso es muy importante conocer el sentido y alcance de esta regulación jurídico-legal en los últimos tiempos.

El punto de partida en la corta historia de la regulación de este derecho es que el legislador siempre ha venido dejando constancia en los distintos desarrollos reglamentarios de que, desde el mismo momento de la entrada de la persona extranjera, esta no puede suponer un peligro para la salud pública –art. 4 [RD 557/2011](#)–. Una manifestación clara y evidente, por parte del Estado, de la tutela de la salud pública como dimensión esencial y contenido clave del constitucional derecho a la protección de la salud.

---

Á.: «Estudio preliminar: avances, retrocesos y perspectivas de futuro inmediato en la regulación jurídico-legal de la inmigración extranjera en España», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L.; Fernández Avilés, J. A. y Triguero Martínez, L. Á. (dirs. y coords.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada: Comares, 2012, págs. 3-19.

### 1.1.1. La Ley Orgánica 7/1985: del silencio a la sujeción del derecho a la condición administrativa de la persona

Partiendo de la premisa apuntada, en la [Ley Orgánica 7/1985](#), por la dimensión de extranjería y controladora subyacente al propio texto jurídico, el legislador no reguló específicamente el derecho a la asistencia sanitaria, guardando silencio al respecto<sup>46</sup>. Este vacío legal debía ser resuelto desde la interpretación de conjunto que propiciaba el propio texto legal en su artículo cuarto, ya que al estar incluido este derecho en el título I de la Constitución, se entendía que los extranjeros lo tenían reconocido y podían ejercerlo en los términos legales previstos, manifestando así su naturaleza de derecho de configuración legal. Durante meses, de julio de 1985 a abril de 1986, estuvo plenamente vigente esta genérica regulación. La misma se vio concretada y clarificada por la propia [Ley 14/1986](#), General de Sanidad, pues reconoció en su artículo 1.2 la universalidad del ámbito subjetivo de la misma, incluyendo, por tanto, a la población extranjera inmigrante, sin referencia a condicionante administrativo alguno. Fundamentó el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria sobre criterios de residencia en territorio nacional español, sin alusión a los términos de su regularidad o irregularidad<sup>47</sup>. Muestra el legislador, de un modo explícito, la conexión que el propio derecho tiene con la dignidad humana, al no introducir matización o limitación alguna<sup>48</sup>. Se otorgaba así contenido material a uno de los principios del propio SNS: la cobertura universal. De esta forma, las personas extranjeras inmigrantes tuvieron reconocidos la titularidad y el ejercicio de este derecho en igualdad de condiciones que cualquier otra persona –en este caso nacional–, con todas sus dimensiones, sentido y alcance. Eran destinatarias del mandato jurídico-legal al incluirse en su ámbito subjetivo. Ahora bien, todavía en esos momentos y durante los 11 años en los que estuvo vigente esta regulación sistemática y de conjunto, la inmigración extranjera aún no era una realidad social con las vigentes dimensiones.

El hecho de que desde los últimos años del siglo pasado esta inmigración extranjera alcanzase a ser una realidad social más –como lo es actualmente– motivó un cambio en el sentido y alcance de la regulación jurídico-legal específica de este derecho. Y es que esta técnica jurídica interpretativa de remisión reconocedora del derecho a la asistencia sanitaria de forma universal fue cambiada con el Reglamento de desarrollo de la propia [Ley Orgánica 7/1985](#), aprobado por medio del [Real Decreto 155/1996](#). En el artículo noveno del mismo, se estableció que los extranjeros que se encontrasen en España en situación administrativa regular –con permiso de residencia– tenían la posibilidad de acceder a las prestaciones y servicios sociales organizados por el poder público para la protección de la salud. Se sometió así el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia sanitaria –incluido dentro de las anteriores– al permiso de residencia, pues solo aque-

<sup>46</sup> FERNÁNDEZ COLLADOS, B.: *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Murcia: Laborum, 2007, pág. 183.

<sup>47</sup> En el artículo 1.2 de la [Ley 14/1986](#), concretamente, se establece que *son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional*.

<sup>48</sup> DE VAL TENA, A. L.: «El derecho de los trabajadores inmigrantes a la protección de la salud», en AA. VV., *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, tomo II, Cantabria: Gobierno de Cantabria, 2003, pág. 1.429.

llos extranjeros que lo poseían podían acceder a la misma. Se vetaba la asistencia sanitaria para un conjunto de la población residente fácticamente en España, los inmigrantes extranjeros en situación administrativa irregular. Además, su protección jurídico-social se encontraba mermada, al someter el ejercicio de derechos sociales a condicionantes administrativos.

### 1.1.2. *La Ley Orgánica 4/2000: avances y retrocesos*

Pocos años después, en la originaria [Ley Orgánica 4/2000](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ya sí se incluyó un artículo dedicado en exclusiva al derecho a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras. En esta ocasión, el legislador sí aprovechó la oportunidad de la elaboración de un nuevo texto jurídico-legal regulador de la extranjería e inmigración –por las dimensiones que esta tenía– para regular, entre el elenco de derechos que reconocía, uno exclusivo y separado de los demás dedicado a la asistencia sanitaria. Por su especificidad, se encuadró –y, actualmente, se encuadra–, *a priori*, en el marco del SNS<sup>49</sup>. Ahora bien, ello no impidió –ni impide– que, para su total comprensión, fuese y sea necesaria su interpretación en relación con el conjunto del grupo normativo interconectado ya aludido, destacando del mismo tanto el propio derecho a la seguridad social como el derecho a los servicios y asistencia sociales. Paradigmas, por ende, tanto individualmente como en su conjunto, de los derechos sociales de prestación. A diferencia de estos últimos, tanto en su regulación inicial como en las sucesivas reformas que ha sufrido en conjunto la propia ley, la titularidad y ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria ha estado exento de su sometimiento a condicionantes derivados de las autorizaciones administrativas en función de su posesión o carencia. Se ha regulado atendiendo a su auténtica naturaleza y condición de derecho social de carácter fundamental. Hasta el año 2012.

## A) Complejidad

En este sentido, el derecho a la asistencia sanitaria para las personas extranjeras en la [Ley Orgánica 4/2000](#), no es claro ni sencillo, sobre todo tras el [Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril](#). La regulación del mismo, antes de este último real decreto-ley, se producía en un artículo extenso –tenía cuatro apartados–, de contenido complejo y heterogéneo<sup>50</sup>, manteniéndose estos

<sup>49</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Granada: Comares, 2001, pág. 232.

<sup>50</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, cit., pág. 234 y ss. Desde idéntica perspectiva, CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria», en AA. VV., Cavas Martínez, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, cit., pág. 226 y ss. Analizando el mismo desde una óptica más amplia, ARBELÁEZ RUDAS, M.: «El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes. Elementos diferenciales y regulación en España», en AA. VV., Fernández Avilés, J. A. y Moreno Vida, M.ª N. (dirs.), Ortega Pérez, N.; Guillén López, E.; Durán Ruiz, F. J. y Triguero Martínez, L. Á. (coords.), *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Granada: Comares, 2011, págs. 711 y ss.

caracteres en la vigente Ley Orgánica 4/2000, mediante una remisión directa a *los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria*. En la misma, ha sido claro el establecimiento de diferencias dentro del colectivo destinatario, atendiendo a criterios subjetivos relativos a la situación personal del extranjero, hasta el punto de que la titularidad y ejercicio de las dimensiones y contenidos de la asistencia sanitaria se subjetivaban por pequeños grupos dentro del colectivo extranjero inmigrante. Se ha tratado así de dar cumplimiento a la pretensión de acercar las diferentes prácticas sociosanitarias y los determinantes sociales de la salud, diferenciados según los colectivos particulares de extranjeros inmigrantes<sup>51</sup>. En este sentido, ha sido clara la finalidad del artículo, ante su carencia de carácter orgánico, de establecer el régimen de disfrute por los extranjeros de este derecho, previamente regulado en la ley *ad hoc*<sup>52</sup>.

## B) La universalidad del derecho y el control social de la persona

En cualquier caso, en el apartado primero de este artículo era donde, con carácter general, se reconocía el derecho a la asistencia sanitaria. Y se realizaba sobre criterios similares a la propia Ley 14/1986, General de Sanidad, ya que *los extranjeros que se encuentren en España (...) tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*<sup>53</sup>. Es decir, fundamentaba la atribución de este derecho –su titularidad y ejercicio– en criterios de residencia material, sin supeditar el mismo al permiso de residencia u otro tipo de autorizaciones administrativas. Una interpretación que encontraba también justificación en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, al advertir que cuando la alusión a la situación de estancia o residencia fuese omitida –es el caso de la regulación de todos los derechos fundamentales–, es porque dicha situación no ha de exigirse. Asimismo, también, al igual que sucede con otros derechos fundamentales –por ejemplo, libertad sindical o huelga–, de nuevo se encontraba un derecho social fundamental atribuido a extranjeros utilizando a los nacionales españoles como parámetro de medida de la universalidad de los derechos humanos. Una deficiencia técnico-jurídica necesitada de corrección.

<sup>51</sup> Este es uno de los objetivos del área de salud del II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014), AA. VV., *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)*, Madrid: Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, 2011, pág. 144.

<sup>52</sup> Incidiendo en esta finalidad frente a la posibilidad de que el artículo 12 pretenda establecer una regulación o normativa sustantiva en materia sanitaria para extranjeros, VÁZQUEZ GARRANZO, J.: «La protección de la salud», en AA. VV., Palomar Olmeda, A. (coord.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, tomo II, cit., pág. 231. Asimismo, LANTARÓN BARQUÍN, D.: «La protección de los extranjeros en el Sistema Nacional de Salud», en AA. VV., González Ortega, S. (dir.), *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, págs. 437-452.

<sup>53</sup> Una reforma que introdujo la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, fue el cambio del tiempo verbal en la redacción que atribuye el derecho a la asistencia sanitaria, pues en versiones anteriores del texto jurídico-legal estaba en futuro –*tendrán derecho...*– y en el vigente, está en presente –*tienen derecho...*–. Por tanto, es una reforma sobre la redacción del texto que no tiene alcance en la regulación del contenido y sentido del derecho concreto que se trata.

Por otra parte, esta forma universal de reconocimiento general de la titularidad y el ejercicio del derecho de asistencia sanitaria del apartado primero del artículo 12, se hallaba condicionada explícitamente no a las autorizaciones administrativas, sino al empadronamiento. Se exigía a las personas extranjeras inmigrantes estar *inscritas en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual*. Es decir, el artículo 12.1 trataba de que las personas extranjeras, de *motu proprio*, otorgasen contenido oficial a la residencia material establecida legal y genéricamente, formalizando su inscripción en el padrón del municipio en el que efectivamente residían. El texto reformado tras la [Ley Orgánica 2/2009](#), al cambiar el término *residan habitualmente* por *domicilio habitual* evitó una controvertida cuestión susceptible de haberse planteado: atendiendo al criterio interpretativo general establecido en el segundo párrafo del punto VI de la exposición de motivos de la [Ley Orgánica 2/2009](#), los términos de residencia o residente *en todo caso, deben entenderse referidos a una situación de estancia o residencia legal, esto es, conforme a los requisitos que se establecen y que, por tanto, habilitan a la permanencia del extranjero en nuestro país en cualquiera de las situaciones reguladas*. Si no se hubiese cambiado, hubiese existido una colisión con el propio criterio de residencia material expresado en la [Ley 14/1986](#), General de Sanidad, pues la residencia aludida entonces se transformaba en la necesidad del permiso de residencia de la persona extranjera para la efectiva titularidad y ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria, condicionándose, de nuevo, por tanto, el propio derecho a las autorizaciones administrativas. Se mostró así la voluntad del legislador de superar la atribución de derechos sobre la base de la situación administrativa<sup>54</sup>. Dimensión a la que se regresó tras el [Real Decreto-Ley 16/2012](#).

Más allá de esta pequeña cuestión, que pudo ser y no fue, el padrón, se ha venido viendo instrumentalizado por la propia normativa de extranjería e inmigración, ya que se convirtió en un elemento de control –principalmente de la inmigración extranjera en situación administrativa irregular–. En un primer momento, y hasta el año 2003, se pudo pensar que la intención que perseguía el legislador con este mandato era meramente en interés del municipio concreto que se tratase, para tener un conocimiento real de la población con la que contaba para, precisamente, organizar y canalizar de un modo correcto, adecuado y eficiente las necesidades de los habitantes del mismo en directa relación con los servicios sociales, la educación, la sanidad, etc<sup>55</sup>. En suma, con la inscripción en el mismo de todos sus habitantes, tuviesen la condición y/o la nacionalidad que tuviesen, se trataba de conocer el número de ellos para organizar adecuadamente su atención y cubrir sus necesidades. Así, la exigencia de empadronarse para ejercer este derecho encajaba en el marco de la regulación administrativa, según la cual cualquier persona que tenga su domicilio en España tiene la posibilidad y el deber cívico de empadronarse en el municipio en el que tiene su residencia habitual, porque el padrón municipal es concebido como un registro administrativo en aras de servir a las autoridades municipales para tener conocimiento de cuántas personas y en qué condiciones habitan en la

<sup>54</sup> ARBELÁEZ RUDAS, M.: «La nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Comentarios sobre las modificaciones en la redacción del artículo 12 LODYLE», en AA. VV., Boza Martínez, D.; Donaire Villa, D. y Moya Malapeira, D. (coords.), *Comentarios a la reforma de la Ley de Extranjería*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pág. 112.

<sup>55</sup> Una interpretación en clara concordancia con la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, pues en su artículo 16 se define y concibe al padrón como *el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio*, aclarando que *sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo*.

localidad<sup>56</sup>. Sin embargo, la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, operada por medio de la [Ley Orgánica 14/2003](#), posibilitó la cesión de los datos del padrón desde el Instituto Nacional de Estadística hacia los institutos estadísticos de las comunidades autónomas y a otras Administraciones públicas, para que la Dirección General de la Policía accediese a este en aras de la mejora del ejercicio de las competencias impuestas y establecidas de la misma sobre control y permanencia de los extranjeros en España<sup>57</sup>.

Así, el padrón sufrió una evolución significativa en su sentido y alcance: pasó de ser un instrumento más de inmigración que de extranjería, al utilizarse para tener un conocimiento verdadero de las necesidades de los municipios atendiendo a su número de habitantes y, por ende, facilitando una efectiva integración social de las personas inmigrantes extranjeras en el municipio en el que tienen su domicilio habitual para dotar de contenido a ciertos derechos de carácter social<sup>58</sup>; a ser un instrumento más propio de extranjería que de inmigración, por la dimensión controladora que se le atribuyó mediante el acceso al mismo de la Dirección General de la Policía. En virtud de esta tendencia y concepción político-jurídica del padrón, para las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa irregular, del padrón podían derivar consecuencias jurídicas en forma de sanciones por cometer infracciones relacionadas con su estancia irregular en España. Pero tampoco se ha de obviar que también se puede convertir en un instrumento clave y esencial para su regularización administrativa, a través de la figura del arraigo social –*ex artículo 124.2 RD 557/2011*–. El padrón es un instrumento que puede ser utilizado tanto a favor como en contra de la persona extranjera inmigrante, tanto por ella misma como por terceras personas, muy particularmente en relación con su estancia y a su estatuto jurídico de derechos<sup>59</sup>. En relación a este último, hasta el [Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril](#).

<sup>56</sup> En este sentido, *vid.* al respecto, la Resolución del 4 de julio de 1997 sobre el nuevo sistema de gestión del padrón municipal, la Ley 4/1996, de 10 de enero, por la que se modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el padrón municipal, y el Real Decreto 2612, de 1996.

<sup>57</sup> La Ley Orgánica 14/2003, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificó para tal posibilidad los artículos 16.3 y 17 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Por su parte, la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 14/2003 es clara respecto a la finalidad perseguida, al establecer que *para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, sobre control y permanencia de extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales, preferentemente por vía telemática*.

<sup>58</sup> Desde la Ley 4/1996, de 10 de enero, por la que se modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en relación con el padrón municipal, este es un instrumento que focaliza su atención sobre la residencia habitual, sobre el domicilio habitual, de las personas, prescindiendo de la distinción entre los habitantes de la localidad, ya sean vecinos o transeúntes. Significativo e ilustrativo es, al respecto, que la Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, haya empleado el término sobre el que se centra aquella: *el domicilio habitual*. Teniendo presente esta regulación jurídico-legal vigente, se ha manifestado, al respecto, que, actualmente, el empadronamiento constituye el título habilitante para acceder a la asistencia sanitaria, JOVER GÓMEZ-FERRER, R.; ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOL CARULLA, S.: *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Valladolid: Lex Nova, 2010, págs. 170-178.

<sup>59</sup> Incidiendo en el acceso a determinados derechos que supone el empadronamiento, SOLANES CORELLA, Á. y CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup> B.: «La realidad local de la inmigración: el padrón municipal como forma de integración», en AA.

Este requisito de encontrarse empadronado, de ningún modo impedía que las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa irregular –eso sí, que se hallasen empadronadas– tuviesen derecho a las prestaciones sanitarias en igualdad de condiciones que los nacionales. Obviamente, exactamente igual pero para las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa regular –siempre y cuando también se encontrasen empadronadas–. El principio de igualdad vigente inherente a este derecho social de carácter fundamental no dependía, por tanto, ni de la nacionalidad, ni de la situación administrativa de estancia, sino del material domicilio habitual en un municipio español y de su formal inscripción en el padrón municipal<sup>60</sup>. El negar la titularidad y el ejercicio de este derecho a las personas extranjeras inmigrantes por no haberse inscrito en el padrón municipal –estuviesen en situación administrativa regular o irregular–, obviando la temporalidad, la estacionalidad y la precariedad de los trabajos que desarrollan<sup>61</sup>, carecía de justificación alguna, no ya solo técnica, jurídica o política con respecto al carácter y naturaleza del propio derecho, sino también social, pues estas personas, por sus propias condiciones y proyecto de vida, en muchos casos pueden ser agentes potenciales propagadores de factores de riesgo para la salud de la población en general, siendo clave, entonces, la propia asistencia sanitaria preventiva y no solo la reparadora de la salud<sup>62</sup>.

Independientemente a esta circunstancia, el artículo 12.1 extendía todo el contenido prestacional propio de la asistencia sanitaria a toda persona extranjera inmigrante –siempre y cuando estuviese inscrita en el padrón– tuviese o no la condición de trabajadora y fuese o no residente habitual del municipio en el que se hallase empadronado. Es decir, la persona extranjera empadronada tenía derecho a: asistencia médica –incluyendo atención primaria y especializada–, prestaciones farmacéuticas, prestaciones complementarias y servicios de información y documentación sanitaria. Asimismo, atendiendo al grupo normativo interconectado en el que se halla este precepto, el mismo y su contenido ya apuntado entroncó también directamente con el artículo 38.1 de la [Ley General de la Seguridad Social](#)<sup>63</sup>. Este último establece que la acción protectora del sistema de Seguridad

---

VV., Campoy Cervera, I. (ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Madrid: Dykinson, 2006, pág. 291 y ss.

<sup>60</sup> En este sentido, GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, cit., pág. 169.

<sup>61</sup> Se ha señalado que estos elementos constituyen un problema de accesibilidad a este derecho para las personas inmigrantes extranjeras, ARBELÁEZ RUDAS, M.: «Los derechos sanitarios de los inmigrantes», en AA. VV., Aja, E.; Montilla, J. A. y Roig, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, cit., págs. 480-482.

<sup>62</sup> MERCADER UGUINA, J. R.: «La protección social de los trabajadores extranjeros» en AA. VV., *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, tomo II, cit. pág. 1.210. En este sentido, teniendo presente que la Ley 33/2011, General de Salud Pública, pretende fomentar la vertiente preventiva y de protección y promoción de la salud, claramente establece en su artículo sexto que *todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad, sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, (...) o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Esta universalidad atributiva entra en confrontación con la restricción introducida al respecto en la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Más aún cuando, en la exposición de motivos de la Ley 33/2011 expresamente se cita a la inmigración –entre otros– como nueva realidad a la que atender para la protección de la salud y el ofrecimiento de unos servicios sanitarios de calidad.

<sup>63</sup> Paradigma, por tanto, de la interconexión existente dentro del grupo normativo, sin olvidar la relación que también presenta con el propio artículo 41 de la Constitución y el 10 y el 14 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, MOLINA NAVARRETE, C.: «Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria», en

Social comprende la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo; la recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan anteriormente; las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, invalidez, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, jubilación, desempleo, muerte y supervivencia; prestaciones por hijo a cargo; y prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos, así como las destinadas a la asistencia a la tercera edad.

### C) Subjetivación del derecho y contenidos

En relación con estos últimos contenidos, la *a priori* universalidad de reconocimiento, titularidad y ejercicio efectivo del derecho a la asistencia sanitaria de carácter general que estuvo vigente, se rompía para el supuesto de las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa irregular. Estas personas, al encontrarse en esta situación administrativa, no pueden acceder al régimen general de la Seguridad Social –a excepción de que sufran un accidente o enfermedad profesional–<sup>64</sup>, con lo que gran parte de sus contenidos se les veta. Había una excepción posible para que sí pudiesen acceder a los mismos: la acreditación de la carencia de recursos económicos suficientes, atendiendo a lo establecido en el [Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre](#), por el que se extendió la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes. Este real decreto posibilitaba la cobertura de la asistencia sanitaria con idéntica extensión, régimen jurídico y contenidos del régimen general de la Seguridad Social para aquellas personas inmigrantes extranjeras en situación administrativa irregular cuyas rentas, de la naturaleza que fuesen, igualasen o no alcanzasen en cómputo anual al salario mínimo interprofesional.

De esta forma, la universal asistencia sanitaria no solo ya se supeditó al padrón, sino también a los recursos económicos de la persona. Una circunstancia que no quedaba explicitada en el artículo 12.1 y sí en el grupo normativo del que formaba parte este. Implícitamente, y de un modo incongruente e ilógico, el extranjero inmigrante en situación administrativa irregular que se encontrase empadronado y que poseyese recursos económicos tenía acceso a la asistencia sanitaria solo a las prestaciones enmarcadas en el SNS y no a las dependientes del Sistema de Seguridad Social; mientras que el extranjero inmigrante en situación administrativa irregular que se encontrase empadronado y que careciese de recursos económicos tenía acceso a la totalidad de las prestaciones enmarcadas en el derecho a la asistencia sanitaria, dependiesen o no del SNS y/o del Sistema de Seguridad Social. Se entendía, lógicamente, que el extranjero inmigrante empadronado en situación administrativa regular, poseyese o no recursos económicos, tenía acceso al conjunto de prestaciones que formaban parte del derecho<sup>65</sup>.

AA. VV., Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, cit., pág. 232.

<sup>64</sup> Vid. al respecto, SÁNCHEZ PÉREZ, J.: «A vueltas con el derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo por parte del inmigrante en situación irregular», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 34, 2013, pág. 121-127.

<sup>65</sup> El artículo 7.1 de la Ley General de Seguridad Social incluye en el Sistema de Seguridad Social a los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, equiparándolos a los españoles.

Esta labor de subjetivación en la atribución del derecho social a la asistencia sanitaria continuó por parte del legislador en los siguientes apartados que componían el artículo 12. De esta forma, en el apartado segundo, directamente relacionado con la misma, se estableció que *los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica*. Por tanto, se atribuyó con carácter general y de un modo universal para toda persona extranjera, sin tener que acreditar situación administrativa alguna, el derecho a la asistencia sanitaria en el supuesto concreto de una urgencia por enfermedad grave o accidente –independientemente a que sea laboral o no– y siempre hasta que se recupere de la misma, siendo esencial en ello el documento del alta médica<sup>66</sup>.

Los elementos clave en este supuesto son lo que se entienda por urgencia, por enfermedad grave y por alta médica. Respecto al primero, la urgencia, es básico el hecho de que el problema de salud planteado haya surgido de un modo repentino, imprevisible, súbito, en la persona causando daños a la propia salud y poniéndola en riesgo, no siendo necesario que derive el mismo en peligro inminente para la vida de la persona extranjera<sup>67</sup>. Respecto a la segunda, la enfermedad grave, por oposición, se ha de considerar que todas aquellas patologías que sean consideradas como enfermedades no graves, se entiende que no se encuentran cubiertas por esta asistencia sanitaria<sup>68</sup>. Respecto a la alta médica, se plantea la cuestión de si es cuando se le ha curado parcialmente de la dolencia en el centro médico, ambulatorio u hospitalario al que acuda y, por tanto, cuando sale del mismo o, si por el contrario, la alta médica se refiere a la recuperación total de la enfermedad grave que ha causado la atención sanitaria, pues esta puede pasar por distintas fases de tratamiento, unas primeras más ligadas a la situación de gravedad y otras posteriores no susceptibles de tal calificación que

<sup>66</sup> El legislador, en esta dimensión del derecho, plenamente ha sido coherente con el marco internacional regulador de la materia, ya que el Convenio de Naciones Unidas sobre Protección de los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus Familias establece que *los trabajadores migrantes y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado que se trate*. Incluso, a nivel nacional, ha ampliado el legislador el ámbito subjetivo, pues incluye a toda persona, independientemente a su condición de trabajadora o no.

<sup>67</sup> En el marco de esta interpretación abierta fijada jurídico-legalmente, es esencial la distinción aquí, de una parte, entre la asistencia sanitaria de urgencia derivada de enfermedad grave y, de otra parte, la urgencia vital establecida jurisprudencialmente para el reintegro de gastos. Esta última se ha de entender, ilustrativamente, como *aquella situación en la que se pruebe el riesgo inminente de perder la vida o que la integridad de la salud del paciente se deteriore con el retraso o la espera en su práctica* (SSTS de 14 de diciembre de 1988, de 1 de julio de 1991, de 7 de octubre de 1996); o *la existencia de un riesgo inminente de vida o la pérdida de órganos o miembros fundamentales para el desarrollo normal del vivir* (STS de 6 de marzo de 1985). Sobre esta delimitación, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: «La denegación de técnicas punta», en AA. VV., Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M.ª D. (dirs.), *Derecho y medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, cit., págs. 335-338.

<sup>68</sup> MERCADER UGUINA, J. R.: «La protección social de los trabajadores extranjeros» en AA. VV., *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, tomo II, cit. pág. 1.206. En este sentido, se apunta la posibilidad de que muchas personas extranjeras en situación administrativa irregular acudan a los servicios de urgencias para conseguir atención médica en situaciones no urgentes, ARBELÁEZ RUDAS, M. y GARCÍA VÁZQUEZ, S.: «El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en España», en AA. VV., Aja, E. (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, págs. 443-444.

provocan que el alta de la persona en relación con la enfermedad grave se posponga en el tiempo. Una cuestión abierta sujeta a los casos concretos que acontezcan y que contribuye a la complejidad de este artículo 12 y la regulación establecida del propio derecho<sup>69</sup>. Una cuestión que también se mantiene en la vigente regulación del derecho tras el [Real Decreto-Ley de 20 de abril de 2012](#), pero considerada como atención sanitaria en situación especial en el artículo 3 ter de la [Ley 16/2003](#).

En relación con la enfermedad grave, reglamentariamente, en el artículo 126.2 del [Real Decreto 557/2011](#), se deja abierta la posibilidad de que la persona extranjera obtenga una autorización de residencia temporal por razones humanitarias. Para ello, el extranjero tiene que acreditar que padece una enfermedad sobrevenida de dicho carácter que requiere asistencia sanitaria especializada a la que no puede acceder en su país de origen y que, en el supuesto de que esta sea interrumpida o no la reciba, tal circunstancia constituya un grave riesgo para su salud o su vida. Con esta posibilidad, se protege administrativa y socialmente al extranjero que, por cumplimiento del permiso de residencia, estaría abocado a abandonar el territorio nacional en cumplimiento de la estricta legalidad, o a quedar en situación de irregularidad administrativa. Impera, por tanto, el sentido social y humanitario sobre la propia y estricta dimensión controladora de extranjería.

En el contexto de estos supuestos relacionados, también es de resaltar la posibilidad de que en el caso de que la persona extranjera esté incurso en un procedimiento de expulsión y ante los casos de prórroga del plazo de cumplimiento voluntario, de aplazamiento o de suspensión de la ejecución de la expulsión, según el artículo 64.2 b) de la vigente [Ley Orgánica 4/2000](#), se ha de garantizar a la persona extranjera afectada la debida atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades. En este sentido, también se establece, en el artículo 62 bis.1 d) de la citada ley, el derecho del extranjero incluido en los centros de internamiento a recibir asistencia médica y sanitaria adecuada, velando así por su vida, integridad física y salud. Además, este tiene el deber de someterse a reconocimiento médico a la entrada y salida del centro –*ex* artículo 62 ter c) de la misma ley–. La persona extranjera, por tanto, ha de salir de España con la salud en correcto estado o, por lo menos, con el tratamiento de la misma adecuado.

Por su parte, el apartado tercero de este artículo 12 focalizó su atención en los menores extranjeros. Respecto a ellos, estableció que *los que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia*

<sup>69</sup> La Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, contribuyó a clarificar un poco este precepto, pues en la versión anterior este supuesto estaba redactado de forma ambigua al fijar este derecho de un modo universal *ante* la contracción de enfermedades graves o accidentes. Se abría la posibilidad de que estas enfermedades graves o accidentes los sufriese la persona extranjera antes de su llegada a España, estando igualmente en derecho a su asistencia sanitaria para la cobertura y el tratamiento debido una vez hubiese llegado a España. Esta posibilidad se desvaneció al incluir el texto la asistencia sanitaria *por* enfermedad grave o accidente. Al sobreentenderse que esta última se produce en territorio nacional, desaparece la posible ambigüedad anterior. En este sentido, ARBELÁEZ RUDAS, M.: «La nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Comentarios sobre las modificaciones en la redacción del artículo 12 LODYLE», en AA. VV., Boza Martínez, D.; Donaire Villa, D. y Moya Malapeira, D. (coords.), *Comentarios a la reforma de la Ley de Extranjería*, cit., págs. 112-114.

sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Fija así, sobre un principio de igualdad de trato con los nacionales, la universalidad absoluta de la asistencia sanitaria, tenga el carácter que tenga –de urgencia o no, por un accidente o no–, para los miembros de este colectivo particular de extranjeros, más allá e independientemente de su situación administrativa de regularidad o irregularidad<sup>70</sup>.

En el contexto de esta subjetivación del derecho a la asistencia sanitaria del artículo 12, el último apartado del mismo, el cuarto, se dedicó a la regulación de este derecho para el colectivo de mujeres extranjeras embarazadas. Se estableció, al respecto, que estas, cuando *se encuentren en España, tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto*. El legislador, de un modo universal general e inclusivo, a la vez que sin mencionar principio de igualdad atributivo alguno en relación con los nacionales españoles –como sí realizó en otros apartados de este artículo–, otorga sectorializadamente el derecho a la asistencia sanitaria para todas las mujeres extranjeras embarazadas. Lo realizó independientemente a los contenidos y prestaciones que suponga la asistencia sanitaria durante su estado de gestación –9 meses, aproximadamente–, parto y puerperio –6 semanas o 40 días<sup>71</sup>, aproximadamente–. Se entiende que este derecho incluye todos los contenidos posibles y adecuados en forma de prestación para tratar satisfactoriamente los problemas de salud que surjan y padezca la mujer durante los periodos mencionados, relacionados o no con su estado<sup>72</sup>. Además, todo ello al margen de la situación administrativa de regularidad o irregularidad en la que se halle y de su inscripción o no en el padrón municipal.

Para estos últimos colectivos, menores y mujeres embarazadas, no se ha experimentado modificación alguna en la regulación jurídico-legal de este derecho en la vigente [Ley Orgánica 4/2000](#),

<sup>70</sup> De nuevo, este apartado del artículo presenta una clara influencia de la regulación internacional, pues en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en su artículo 24.1, reconoce *el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud*, recalcando significativamente la atención primaria –art. 24.2 b)–. El legislador ha mejorado incluso esta protección, al extenderla e incluir todo tipo de atención sanitaria y no solo la primaria. Es más, la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, protege más a estos menores extranjeros que la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor, al establecer esta que *tienen derecho a la asistencia sanitaria (...) los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela de la Administración*. En este sentido, PÉREZ REY, J.: «Los menores extranjeros», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L. (dir.), Triguero Martínez, L. Á. y Fernández Avilés, J. A. (coord.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada: Comares, 2010, pág. 467.

<sup>71</sup> Tal y como se establece en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores. Un periodo durante el cual, si la mujer extranjera tiene la condición adicional de trabajadora, tendrá suspendido el contrato de trabajo.

<sup>72</sup> En clara concordancia con lo establecido a nivel internacional para toda mujer, más allá de su condición y nacionalidad, especialmente por la Organización Internacional del Trabajo. Muestra de ello es el caso del Convenio n.º 3, de 28 de noviembre de 1919, sobre la Protección de la Maternidad, en cuyo artículo 3 c) establece que *la mujer tendrá derecho a la asistencia gratuita de un médico o una comadrona*; del Convenio 103, de 28 de junio de 1952, sobre Protección de la Maternidad, en cuyo artículo 4.3 fija que *las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico, y la hospitalización, cuando ello fuere necesario*; y del Convenio 102, de 28 de junio de 1952, sobre la Seguridad Social (norma mínima), en cuyo artículo 10.1 b) reconoce que *las prestaciones deberán comprender, por lo menos, (...) en caso de embarazo, parto y sus consecuencias: la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; y la hospitalización, cuando fuese necesaria*.

tras la reforma puntual y de gran calado introducida en la misma por medio del [Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril](#). Es así porque lo único que se ha producido es la desaparición de su mención expresa en la propia ley, ya que estos encuentran ahora su regulación expresa, por remisión de esta última, en el artículo 3 ter de la [Ley 16/2003](#), dedicado a la asistencia sanitaria en situaciones especiales. Esta comprende la atención y servicios sanitarios prestados a menores, mujeres embarazadas y en el supuesto –ya comentado– de enfermedad grave o accidente hasta la situación de alta médica. Es un caso, por tanto, de extensión de la protección de la salud calificado por el legislador como especial, particular. Pero no es una regulación original, pues ya se encontraba.

Desde estos postulados, tras la reforma introducida sobre este derecho para estas personas extranjeras por medio del real decreto-ley en la [Ley 16/2003](#), se mantiene por remisión la regulación existente, siguiendo la misma tendencia de diferenciar por colectivos de extranjeros y manteniéndose respecto a estas cuestiones el sentido y el alcance de los planteamientos expuestos anteriormente respecto a los mismos<sup>73</sup>. Si es cierto y es de resaltar que no menciona ni tiene en cuenta la cuestión del empadronamiento, con lo que este desaparece como elemento clave para la atribución de este derecho. Y, lo más importante, excluye de este derecho, por ende e implícitamente, al colectivo de personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa irregular. Se excluye a un colectivo vulnerable socialmente de un derecho social fundamental básico y trascendental para la protección social y de la salud de la vida de la persona.

#### D) Balance y perspectivas de futuro en el marco del Estado social autonómico

Respecto a este retroceso significativo y negativa exclusión, atendiendo al pilar de la reforma de la redefinición de la condición de asegurado en aras de la tutela y protección de la salud como bien social sobre la base impositiva y la sostenibilidad económica del sistema, en el Informe del Consejo de Europa de 19 y 20 de diciembre de 2013, se ha solicitado e instado a España, por parte del Comité de Derechos Sociales, la modificación de esta regulación excluyente a fin de cumplir con lo establecido por la Carta Social Europea en relación con el derecho a la asistencia sanitaria adecuada para cada persona en situación de necesidad<sup>74</sup>. Se argumenta así la contradicción de la regulación jurídico-legal española con los artículos 11 y 13 de la Carta Social Europea. Se hace necesaria, por ende, una reforma de marcados tintes inclusivos o tendencialmente universalizadora de la condición de asegurado. El aviso y la tendencia político-jurídica a seguir está marcada.

Pero, más allá de las perspectivas de futuro, ante el vigente marco jurídico-legal de carácter genérico establecido para la regulación del derecho a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras inmigrantes, no se ha de obviar el hecho de que con fundamento en el artículo 148.1.21.º de la [Constitución](#), las distintas comunidades autónomas han asumido significativas competencias en la

<sup>73</sup> Vid. al respecto, TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: «Artículo 12. El derecho a la asistencia sanitaria», en AA. VV., Moneo Pérez, J. L.; Fernández Avilés, J. A. y Triguero Martínez, L. Á. (dirs. y coords.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, cit., págs. 231 y ss.

<sup>74</sup> En la misma dirección, vid. MUIZNIKES, N.: *Report of the Commissioner for Human Rights del Council of Europa*, núm. 18, 2013, *passim*.

materia –sanidad–, previendo medidas de desarrollo legislativo sobre la base de un amplio margen de ejecución sobre las bases fijadas estatalmente. En este sentido, atendiendo al grado de desarrollo de la descentralización autonómica existente en función del nuevo marco político-jurídico desarrollado por los reformados Estatutos de Autonomía, se ha originado una diferenciación –en cierta medida relevante– respecto al contenido de las prestaciones que incluye el derecho a la asistencia sanitaria, principalmente y sobre todo en las adicionales a las de urgencia<sup>75</sup>. Sin olvidar, también, la posibilidad abierta y establecida de que los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular accedan a servicios básicos de salud o consulta externa propios del SNS. Así, en Estatutos de Autonomía, con carácter de ley orgánica, se recoge este derecho de una forma universal de todas las personas, indistintamente a la nacionalidad y condición administrativa. Es el caso de los Estatutos de comunidades como [Andalucía](#), [Aragón](#), [Cataluña](#) y [País Vasco](#). Se abren así serios interrogantes técnico-jurídicos sobre la última reforma introducida en este derecho por medio del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril. Muestra de ello es que las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias y Navarra han interpuesto recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Significativo y a tener presente para tratar de dilucidar la evolución que pueda experimentar la cuestión y los signos de las futuras resoluciones de los citados recursos, es el [Auto del Tribunal Constitucional 239/2012, de 12 de diciembre](#). Este conllevó que se anulase la suspensión de aplicación del [Decreto del País Vasco 114/2012](#), sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en la citada comunidad autónoma. Se permite así a esta extender la cobertura sanitaria a todas las personas, en el caso de no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título o medio. Sentó este auto una doctrina muy interesante y a tener en cuenta, pues claramente establece que tanto los derechos –paradigmáticamente, el de asistencia sanitaria– como la adecuación de evitar riesgos para la salud de la totalidad de la sociedad deben prevalecer y, por tanto, no se han de replegar, ante la consideración político-jurídica (real decreto-ley) de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado. Se defiende así una condición de asegurado universal o una titularidad universal del derecho.

Mientras se espera la resolución de los recursos de inconstitucionalidad planteados, la doctrina apuntada puede ser un pilar fundamental desde el que repensar la cuestión. Pero, lo que sí es cierto es que el trato desigual y discriminatorio que se puede dar a personas extranjeras en situación administrativa irregular en el seno del territorio español en función de si se está en una comunidad autónoma u otra no es constitucionalmente adecuado. Se encuentran afectados derechos fundamentales que, incluso, pueden llegar a ocasionar problemas de salud pública<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Vid. al respecto, con carácter general y particularizando en esta cuestión, AA. VV., Monereo Pérez, J. L. (dir.), Triguero Martínez, L. Á. y Fernández Avilés, J. A. (coords.), *El derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas*, Granada: Comares, 2013, *passim*. Asimismo, DELGADO DEL RINCÓN, L. E.: «El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes en situación administrativa irregular: la exclusión de la condición de asegurado por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril», en Matía Portilla, F. J. (dir.) y Álvarez Rodríguez, I. (coord.), *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, págs. 230-249.

<sup>76</sup> En este sentido, QUESADA SEGURA, R.: «Los derechos fundamentales inespecíficos en materia de Seguridad Social», ponencia presentada al *XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*, 2014, [www.aedtss.com](http://www.aedtss.com), págs. 36-39.

No hay que obviar, al respecto, el hecho de que, en muchos casos, el fundamento y desarrollo de estas competencias se ha amparado en los propios Planes de Inmigración aprobados periódicamente por las diferentes comunidades autónomas, al incluir partes de los mismos de carácter específico dedicados a la sanidad y/o salud de la población inmigrante extranjera. Ahora bien, esta diferenciación se ha de entender limitada, pues para una mayor coherencia de todo el sistema protector, el artículo 149.1.16 de la [Constitución](#) atribuye al Estado la competencia en materia de coordinación general de la sanidad, correspondiendo, por tanto, al Estado el establecimiento de las líneas generales al respecto, los requisitos y las condiciones mínimas.

Sin embargo, esta circunstancia no justifica la existencia de posibles diferencias de trato en el desarrollo prestacional de un derecho social de la persona de carácter fundamental atendiendo al lugar de domicilio habitual de esta y a su condición administrativa de regularidad o irregularidad. Es necesario que el modelo de Estado social autonómico vigente, evolucione y se desarrolle a una única velocidad, alcanzando un grado de desarrollo homogéneo en todo el territorio nacional sobre bases no excluyentes ni mercantilizadoras de ciudadanía, sobre todo específica y concretamente en aquellos aspectos directamente relacionados con los contenidos y efectividad de los derechos sociales fundamentales de la persona.

## 1.2. El derecho a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras inmigrantes sin recursos. La pretendida recuperación de la universalidad

Si con la inmigración extranjera se está haciendo referencia implícita a personas nacionales de terceros Estados que llegan a España para residir y trabajar con la expectativa y deseo de mejorar la situación socioeconómica que dejaron en su país de origen y estos, tradicionalmente, se han venido empleando en nichos laborales ubicados en segmentos medio-bajos del mercado de trabajo con unas negativas condiciones laborales, retributivas y de protección social<sup>77</sup>, cabe pensar en la factibilidad de que si no ostentan la condición de asegurado, por la regulación amplia vigente, sí pueden ser beneficiarios de la atención sanitaria en caso no tener los recursos económicos fijados en la normativa. Sin embargo, se hace más difícil pensar y concebir la llegada de personas extranjeras inmigrantes que no cumplen estos recursos no por motivos sociolaborales y sí, casi que en exclusiva, por motivos de asistencia sanitaria, descartándose apriorísticamente así para este colectivo concreto y específico el uso de la concepción negativa del turismo sanitario. La reforma camina, precisamente, en esta dirección, al prevenirlo.

En este sentido, en el artículo 3.3 de la [Ley 16/2003](#), se recoge el caso del derecho de atención sanitaria, de la protección de la salud, en suma, de aquellas personas que no ostentan la condición de asegurado de conformidad con lo establecido en el apartado segundo del mismo artículo. Como excepción, por tanto y, separadamente, se establece que sobre la base de la residencia legal en territorio español, tanto personas nacionales de algún Estado miembro de la UE, del

<sup>77</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, cit., págs. 111-114.

Espacio Económico Europeo o de Suiza, como extranjeros, así como españoles, pueden tener la condición de asegurado siempre y cuando acrediten que, de un lado, no superan el límite de ingresos superiores en cómputo anual a 100.000 euros y, de otro, no tienen cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía. Se trata así de incluir a base de excluir la posibilidad de solapar la protección dispensada por el SNS con los hipotéticos seguros médicos privados que cada persona pueda tener de conformidad a sus preferencias y recursos. Sobre todo, teniendo en cuenta la proliferación de estos últimos en el mercado a precios muy competitivos por las entidades correspondientes en relación con el elevado umbral fijado. En esta dirección, se produce una remercantilización de la asistencia sanitaria, al concebir implícitamente a esta como cualquier otro bien del mercado cuya mayor disponibilidad se sujeta y depende de las rentas<sup>78</sup>.

A estos límites, cuantitativo y cualitativo, fijados en el artículo 2.1 b) 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 SNS, se le suma el cumplimiento de la concreción de los supuestos advertidos. Es decir, estas personas, adicionalmente, han de cumplir también la condición, respectivamente y según el caso, de: ser nacionales de algún Estado miembro de la UE, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros; ser extranjeros, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español vigente de conformidad con la normativa específica sobre la materia; y tener la nacionalidad española y residir en territorio español.

En suma, la residencia no solo fáctica, sino formal, con documentación administrativa, tanto previene el uso y abuso de la asistencia sanitaria como excluye a personas que no se hallan en España de conformidad a la legislación vigente. El caso más paradigmático es el de las personas extranjeras en situación administrativa irregular, volviendo, en parte, al espíritu restrictivo de la reforma introducida en la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la [Ley Orgánica 8/2000](#), por la que se limitaron contenidos esenciales de los derechos sociales fundamentales de las personas extranjeras inmigrantes en función de su situación administrativa.

### 1.3. El derecho a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras con recursos: entre lo público y lo privado

Atendiendo al nuevo modelo de política jurídica de inmigración extranjera implantado desde la aprobación y entrada en vigor de la [Ley 14/2013](#), de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, aquellas personas extranjeras que encuentren encaje y ubicación en su ámbito subjetivo tendrán la posibilidad de beneficiarse de la asistencia sanitaria y del acceso a las prestaciones enmarcadas en la protección de la salud a través de un doble canal: de una parte, mediante el cumplimiento de los requisitos para la obtención de la condición de asegurado de una forma más flexible y, en esencia, más fácil, atendiendo a las particularidades del colectivo y a la regulación

<sup>78</sup> MOLINA NAVARRETE, E. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Elevando el "umbral del dolor" de la mala gestión de la crisis: recortes travestidos de reforma sanitaria», cit., pág. 27.

del artículo 3 de la [Ley 16/2003](#) en relación con la propia Ley 14/2013; y, de otra parte, ante los recursos que se le presuponen a este colectivo de extranjeros, suscribiendo un convenio especial.

Respecto a la primera vía, a sus protagonistas, a las personas extranjeras, el legislador, por mero interés, no le añade –ni explícita ni implícitamente– la condición de inmigrante y, paradójicamente, no solo no ubica su regulación en la vigente [Ley Orgánica 4/2000](#) sino que ni siquiera la conecta a la misma referenciándola, cuando son personas que también vienen a España a emplearse y a contribuir al desarrollo económico-social en el marco o contexto de dificultad económica actual. El punto de partida de este nuevo modelo es la citada Ley 14/2013, cuando en su preámbulo, apartado I, se manifiesta que *tradicionalmente la inmigración se ha enfocado únicamente hacia la situación del mercado laboral, siendo necesario ampliar la perspectiva y tener en cuenta no solo la situación concreta del mercado laboral interno, sino también la contribución al crecimiento económico del país*<sup>79</sup>, convirtiéndose y considerándose a la *política de inmigración como un elemento de competitividad*.

En esta reconsideración y recomprensión, el legislador y el poder político han olvidado los efectos que sobre la economía y sobre los sistemas de Seguridad Social y Nacional de Salud tuvieron –y tienen– las personas extranjeras inmigrantes que trabajaron –y trabajan– en España en la época de prosperidad y de mayor desarrollo socioeconómico de nuestro país antes de que la crisis se manifestase con toda su crudeza. La inmigración extranjera y la actividad profesional de los extranjeros inmigrantes era –y sigue siendo, porque es una realidad social estructural de nuestro país– elemento clave en la competitividad española.

En cualquier caso, la misma origina que en el capítulo IV, sección segunda, artículos 61 y siguientes, de la citada ley, se encuentre regulada, en el marco de la movilidad internacional, la entrada y permanencia de extranjeros sobre la base del interés económico para España. Es así porque hace referencia a inversores, emprendedores –en esencia, trabajadores por cuenta propia–, profesionales altamente cualificados, investigadores y trabajadores que ejerzan su movilidad dentro una empresa o grupo de empresas. Del conjunto, de una forma muy clara, se desprende un régimen de visados, autorizaciones de trabajo y permisos de residencia muchísimo más laxo que el establecido, con carácter general, por la Ley Orgánica 4/2000 y su reglamento de desarrollo<sup>80</sup>,

<sup>79</sup> Da a entender el legislador que la inmigración extranjera, hasta el momento, no ha sido clave e importante para el desarrollo demográfico, social y económico experimentado en España en los últimos y primeros años del pasado y presente siglo, así como para la sostenibilidad del consolidado –formal y materialmente– modelo de Estado social español, cuando es todo lo contrario. En este sentido, *vid.* al respecto, OCHANDO CLARAMUNT, C.; ANTUÑANO MARURI, I. y SOLER GUILLÉN, Á.: «Evolución demográfica, inmigración y sistema de pensiones en España», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L. (dir.), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: aspectos críticos*, Granada: Comares, 2010, págs. 4-26.

<sup>80</sup> Contradictorio y sorprendente es que esta Ley 14/2013, en la regulación que realiza de estas personas extranjeras que vienen a España sobre la base del interés económico, no tenga en consideración ni en cuenta el título IX del Real Decreto 557/2011, titulado «Procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o cuyo objeto sea la realización de trabajos de investigación o desarrollo docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural».

siendo paradigmático, al respecto, la no consideración de la situación nacional de empleo para los mismos. Esta circunstancia se justifica sobre el planteamiento subyacente de que sí, son personas extranjeras, pero que vienen a España –en esencia y pureza, emigran a y son inmigrantes en– con una cantidad de dinero relevante para poner en marcha actividades profesionales generadoras de riqueza y de empleo; para realizar grandes inversiones y tratar de dinamizar así el consumo; o para trabajar en sectores de actividad con un impacto inmediato y grande en la economía, como la ciencia, la innovación tecnológica o trabajos altamente cualificados –en cierta medida, estos últimos relacionados estrechamente con los anteriores.

En suma, son personas extranjeras que son inmigrantes en España y que vienen con dinero para desarrollar su actividad profesional o que se emplean en sectores estratégicos de la economía, facilitándosele por ello los trámites administrativos relativos a su residencia legal. Es por ello por lo que, indirecta e implícitamente –pero, a la vez, en muy estrecha conexión–, se les está facilitando el acceso a la protección de la salud, la asistencia sanitaria y, por ello, el tener la condición de asegurado de conformidad con la Ley 16/2003. No se les excluye precisamente, por tener medios económicos y, en esencia, no ser una carga para el sistema.

Respecto a la segunda vía, en el apartado cuarto del artículo tercero de la [Ley 16/2003](#), se deja una puerta abierta para la adquisición de la condición de beneficiario a estas personas extranjeras –al igual que para nacionales y comunitarias, pues no distingue el precepto al mencionar solamente a personas– con recursos económicos, ya que se establece la posibilidad de acceder a la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación –primera posibilidad– o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial –segunda posibilidad.

En relación con la primera posibilidad, atendiendo a lo previsto, si la persona demandante de asistencia sanitaria no se encuentra cubierta por el SNS o por el Sistema de Seguridad Social, en conexión con el artículo 16 de la [Ley 14/1986](#), General de Sanidad, puede acceder a los servicios sanitarios que necesite. Ahora bien, bajo la consideración de pacientes privados y, consecuentemente, expidiéndosele, por parte de la administración del centro sanitario que se trate, una facturación de los costes efectivos en concepto de atención y servicios prestados<sup>81</sup>.

En relación con la segunda posibilidad, la suscripción de un convenio especial, se posibilita el derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria del SNS mediante el pago de una contraprestación o precio público, definido y concebido como ingreso de derecho público del Servicio Público de Salud que se trate.

De conformidad con el [Real Decreto 576/2013](#), las personas que lo suscriban han de tener, como mínimo, residencia formal –por ende, legal, regular administrativamente– durante un periodo mínimo continuado de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud, así como los requisitos establecidos con la Administración pública autonómica correspondiente, dependiendo

<sup>81</sup> Al respecto, el artículo 16 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, es clave en la regulación de los denominados pacientes privados, al establecer que *los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud (...) podrán acceder a los servicios sanitarios, con la consideración de pacientes privados.*

del municipio en el que se encuentren empadronadas. Por lo tanto, en el momento de la solicitud, también han de estar empadronadas ya. Reaparece aquí el padrón como medio para el acceso a la asistencia sanitaria. Pero, a diferencia de como sucedía hasta 2012 –ya analizado–, con carácter residual, pues este convenio no es lo general ni lo habitual ni lo común en relación con el derecho social fundamental a la asistencia sanitaria. E, igual y reiterativamente, estas personas no han de tener derecho a acceder a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título.

La suscripción del convenio otorga efectividad y contenido al derecho a la asistencia sanitaria, en tanto en cuanto posibilita el acceso a las prestaciones sanitarias de la cartera común básica de servicios asistenciales del SNS, en igualdad de condiciones que las personas que tienen la condición de asegurado. Ello no impide que las diferentes Administraciones autonómicas puedan incorporar en el convenio especial otras posibles prestaciones asistenciales inherentes a la cartera de servicios complementaria de la propia comunidad autónoma. En cualquier caso, sí es cierto que se justifica y garantiza las primeras en todo el territorio nacional, por más que, en el momento de acceder a dichos servicios, se encuentre la persona en un municipio distinto y no perteneciente a la Administración pública con la que se formalizó el convenio en su momento.

Este convenio tiene una cuota mensual de 60 euros si la persona es menor de 65 años y, de 157 euros, si tiene más de la mencionada edad. Cuantía que puede verse incrementada: en primer lugar, en el caso de que las comunidades autónomas hayan incorporado otras prestaciones asistenciales de sus carteras de servicios complementarias; y, en segundo lugar, si en la revisión periódica de la evolución del coste de las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del SNS, se ha detectado un incremento. En este último caso, si en la revisión se ha detectado una disminución, también puede abarataarse el importe. En suma, indistintamente al caso concreto dentro de las posibilidades relativas a este convenio, lo que es innegable es el carácter de seguro privado que otorga al funcionamiento de la sanidad pública. La protección de la salud por medio del derecho social –de desmercantilización– pretendidamente universal de la asistencia sanitaria se mercantiliza.

## 2. LA ASISTENCIA SANITARIA DE LAS PERSONAS COMUNITARIAS: LA PRETENDIDA PREVENCIÓN DEL TURISMO SANITARIO

Como se ha apuntado, uno de los objetivos centrales del [Real Decreto-Ley 16/2012](#) es tratar de garantizar la asistencia sanitaria redefiniendo sus posibles beneficiarios ante la necesidad de un ahorro en el gasto social e inversión en sanidad. Precisamente, desde la premisa del conocimiento de estos costes y de sus deficiencias en la gestión, se pretende una optimización de recursos sumando requisitos a las personas comunitarias que vienen a residir a España por más de tres meses. Se afecta así, en cierta medida, a lo que clásicamente se ha considerado como turismo sanitario de los comunitarios. Es decir, al desplazamiento en el seno de la UE por parte de ciudadanos nacionales de Estados miembros de esta para solucionar sus problemas de salud.

No se ha de obviar que esta es una cuestión vista con recelo por parte de las autoridades del Estado en el que reciben estas personas asistencia sanitaria, precisamente, de una parte, por el

gasto que supone para el país que presta los servicios –por más que, *a posteriori*, este se sufrague– y, de otra parte, porque un aumento de las personas beneficiarias de las prestaciones del sistema sanitario nacional puede implicar una disminución en la calidad asistencial prestada a los ciudadanos del Estado en cuestión, siempre y cuando, claro está, no se aumenten los recursos económicos adecuados destinados al mejor funcionamiento y calidad de la asistencia sanitaria prestada<sup>82</sup>.

Esta movilidad, esta realidad<sup>83</sup>, auténtica y genuina de la UE y del Derecho social comunitario, parte de una fundamentación jurídica clara en relación con los derechos. Y es que los nacionales de los Estados miembros, apátridas y refugiados, y sus familiares, así como de los Estados firmantes del Espacio Económico Europeo y Suiza, tienen reconocido el derecho, por el Tratado de la UE o por el Reglamento comunitario 1408/1971, a recibir prestaciones sanitarias en otro Estado miembro distinto del competente y en igualdad de condiciones que los propios nacionales de ese Estado. En consecuencia, desplazarse en el territorio de estos Estados por parte de sus nacionales a fin de obtener prestaciones sanitarias para proteger el bien social de la salud no es ilícito o fraudulento. Sí adquiere estos caracteres, y, por tanto, un sentido peyorativo o negativo esta práctica si no se procede a la correcta y eficaz gestión del mismo en relación con el reembolso de gastos entre Estados.

Este es precisamente el núcleo central de la reforma sanitaria acometida en España en relación con esta cuestión y con este colectivo concreto de personas que ejerce su derecho. En consecuencia y lógica coherencia, la reforma se orienta a corregir deficiencias en la gestión institucional de la prestación de servicios en el marco de este derecho. Por tanto, la raíz del problema no está en las malas prácticas de las personas que ejercen su derecho, el problema no estaba en las personas titulares del derecho, sino en la burocracia ineficiente de la gestión del mismo<sup>84</sup>, generando elevados costes y, por ende, gasto, al SNS. Esto es consecuencia de la utilización de una facturación por sistema de costes estimados y no por sistema de costes efectivos, como se desprende del [Informe del Tribunal de Cuentas de 29 de marzo de 2012](#).

Sin embargo, con carácter previo a este informe, en el año 2009, se corrigió el sistema, al pasarse al de costes reales, afectado también por la descoordinación entre comunidades autónomas en el uso de los nuevos procedimientos de facturación de conformidad, generando disfun-

<sup>82</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «El turismo sanitario en la Unión Europea», en AA. VV., Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M.<sup>a</sup> D. (dirs.), *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, cit., págs. 357-359. Asimismo, aludiendo a la perturbación del buen funcionamiento, SEGARRA TRIAS, E.: «¿Puede limitarse el derecho al acceso a la sanidad pública sin debate parlamentario previo?», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 30, 2012, pág. 221; VELA DÍAZ, R.: *Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España: un enfoque de género de la política migratoria*, cit., pág. 240.

<sup>83</sup> En este sentido se mantiene que el desplazamiento de un Estado miembro a otro diferente con el objeto de recibir asistencia sanitaria es un supuesto presente y actual de la realidad social de los movimientos intercomunitarios, RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: «Turismo sanitario tras la STJUE de 27 de octubre de 2011», *Revista Aranzadi Social Doctrinal*, núm. 8, 2012, págs. 190-191.

<sup>84</sup> En esta dirección, MOLINA NAVARRETE, E. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Elevando el "umbral del dolor" de la mala gestión de la crisis: recortes travestidos de reforma sanitaria», cit., pág. 30.

cionalidades en la información adecuada y necesaria para que el INSS proceda a emitir de una forma correcta la factura.

Pese a estas disfuncionalidades administrativas y de gestión, auténtico núcleo a corregir para la eficiencia y efectividad económica del modelo, la reforma no se adentra más en la misma y, siguiendo la lógica mediante la que se acomete la reforma de clarificación y afectación a los sujetos beneficiarios o titulares del derecho, mediante la disposición adicional quinta se modifica el [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.

En este sentido, se adicionan nuevos requisitos para la inscripción de estas personas en el Registro Central de Extranjeros Comunitarios, teniendo derecho las mismas a residir en el territorio español si, disyuntivamente: son trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia en nuestro país; posee, o recursos suficientes para sí mismo y para los miembros de su familia, a fin de no ser una carga para la asistencia social en España durante el periodo de su residencia, o un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España; está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la Administración educativa competente a fin de cursar estudios y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente la posesión de recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social; es miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la UE o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o va a reunirse con él y que cumple las condiciones precedentes.

En el caso de cumplir estos requisitos, tras la correspondiente inscripción de la persona en el citado registro con su identificación y los documentos que acreditan la titularidad de seguros privados o de la importación de sus derechos sanitarios, el Estado de afiliación tiene que pagar a nuestro país una cuota fija por cada uno de los afiliados que trasladen su residencia a España. Se pretende así corregir la desviación y compensar el gasto individual que cada persona comunitaria que viene a residir supone al Estado español. Cuestión diferente, que enlaza también con la apuntada anteriormente, es si se gestiona adecuadamente la información y el control en los trámites de cobro y reembolso<sup>85</sup>. Si ello no es así, la corrección de las deficiencias estaría seriamente entre interrogantes.

#### IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA

En el contexto de un modelo de constitucionalismo democrático-social desarrollado, la [Constitución](#) española optó, en su momento, por un reconocimiento universal y adecuado del conjunto de derechos sociales fundamentales de la persona –paradigmáticamente, entre ellos, el

<sup>85</sup> En esta dirección, MOLINA NAVARRETE, E. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Elevando el "umbral del dolor" de la mala gestión de la crisis: recortes travestidos de reforma sanitaria», cit., págs. 34-35.

de la protección de la salud–, en clara concordancia con el Derecho internacional de los derechos humanos. Es más, introdujo el sentido y el alcance de este en el ordenamiento jurídico nacional, incluyendo, por ende, a personas extracomunitarias y comunitarias. Teniendo presente este marco jurídico, la Constitución ofrece al legislador una libertad destacada para regular los derechos. Ahora bien, siempre y cuando las condiciones que establezca en la misma respeten la conexión de los propios derechos con la garantía de la dignidad humana, el contenido mismo del derecho constitucionalmente fijado y el contenido del mismo recogido en los textos jurídico-políticos a nivel internacional ratificados por España.

Pese a ello, ha sido la configuración legal de estos derechos la que ha fallado y no ha generado un modelo contundente y uniforme de universalidad de titularidad –o de la condición de asegurado, más concisamente, en relación con la asistencia sanitaria– y ejercicio de los mismos. El legislador ha podido interpretar en exceso el sistemático y claro mandato constitucional. Claro ejemplo es la regulación de la protección de la salud por medio de la asistencia sanitaria, sucesivamente reformada y generadora de inclusiones o exclusiones en el acceso a la misma por parte de sus beneficiarios, ejercicio, contenidos y garantías de efectividad, presentando así claroscuros su regulación jurídico-legal.

Favorece la ausencia de este anhelado modelo jurídico-político, 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. En esencia, la reforma de la sanidad y del acceso a la protección de la salud. Particularmente, la reconfiguración, concreción y ordenación de sus sujetos beneficiarios atendiendo a su estricta financiación vía impositiva ha generado que, entre otros, la inicial exclusión en el acceso a la asistencia sanitaria para, paradigmáticamente, las personas extranjeras inmigrantes en situación administrativa irregular derive posteriormente en una parcial o segmentada lógica social, inclusiva e integradora del modelo por medio del reconocimiento de este derecho. Un derecho que tiene en consideración a tal fin, ante todo, la condición de nacional o de residencia formal, junto a la de encontrarse en España, en última instancia, por motivos económico-laborales, tanto para personas comunitarias como extracomunitarias. Sobre este planteamiento, se trata de evitar así la llegada y residencia –formal o material, indistintamente– de personas que supongan una carga económica para el sistema sanitario en un escenario de reformas estructurales bajo la tendencia del ahorro presupuestario.

Ahora bien, no es lógico ni coherente con los parámetros constitucionales que este escenario y sus medidas imperen y no se supediten al hecho social de que la protección de la salud preventiva y ante la enfermedad ha de ser universal, pues esta última no diferencia y afecta, en cualquier momento de la vida, a todas las personas. Por ende, un SNS o, en esencia, una sanidad pública –pese a las lógicas y tendencias internas privatizadoras de la misma– no puede ni debe diferenciar en el momento de facilitar el acceso a la protección de la salud ante aquella y, por tanto, no debe ponerla en cuestión. Ello depende, ante todo, en el proceso político-institucional de implementación, instrumentación y desarrollo de la reforma sanitaria, del interés del Estado por mantener un equilibrio justo, social y equitativo entre intereses económicos y tutela de derechos sociales fundamentales de la persona.

## Bibliografía

- AA. VV. [2013]: Monereo Pérez, J. L. (dir.); Triguero Martínez, L. Á. y Fernández Avilés, J. A. (coords.), *El derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas*, Comares: Granada.
- [2011]: *II Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)*, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Dirección General de Integración de los Inmigrantes, Madrid.
- [2008]: Martín Valverde, A. y García Murcia, J. (dir. y coord.), *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, volumen I, Navarra: Thomson Aranzadi.
- ALCALÁ GALIANO, A. [2006]: *Máximas y principios de la legislación universal*, Granada: Comares.
- ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L. [1998]: *Instituciones de Seguridad Social*, 16.<sup>a</sup> ed., Madrid: Civitas.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. [2001]: *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid: Tecnos.
- APARICIO TOVAR, J. [2002]: «El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-económica de España*, Granada: Comares.
- [2007]: «La Seguridad Social como conquista democrática», *Revista de Derecho Social de Latinoamérica*, núm. 2.
- ARBELÁEZ RUDAS, M. [2011]: «La nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Comentarios sobre las modificaciones en la redacción del artículo 12 LODYLE», en AA. VV., Boza Martínez, D.; Donaire Villa, D. y Moya Malapeira, D. (coords.), *Comentarios a la reforma de la Ley de Extranjería*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- [2011]: «El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes. Elementos diferenciales y regulación en España», en AA. VV., Fernández Avilés, J. A. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N. (dirs.), Ortega Pérez, N.; Guillén López, E.; Durán Ruíz, F. J. y Triguero Martínez, L. Á. (coords.), *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Granada: Comares.
- [2006]: «Los derechos sanitarios de los inmigrantes», en AA. VV., Aja, E.; Montilla, J. A. y Roig, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARBELÁEZ RUDAS, M. y GARCÍA VÁZQUEZ, S. [2009]: «El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en España», en AA. VV., Aja, E. (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BLASCO LAHOZ, J. F. [2013]: *Las prestaciones sanitarias, tras sus últimas reformas*, Albacete: Bomarzo.
- BORRAJO DACRUZ, E. [1996]: «Comentario al artículo 43 de la Constitución Española», en AA. VV., Alzaga, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid: Edersa.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. [2011]: «Estudio preliminar. Veinticinco años de legislación sobre extranjería e inmigración en España», en AA. VV., Cavas Martínez, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- [2011]: «Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria», en AA. VV., Cavas Martínez, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

CHARRO BAENA, P. [2013]: «El retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios. Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: la capitalización del desempleo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 105.

DE LORA, P. y ZÚÑIGA FAJURI, A. [2009]: *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*, Madrid: Iustel.

DELGADO DEL RINCÓN, L. E. [2014]: «El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes en situación administrativa irregular: la exclusión de la condición de asegurado por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril», en Matía Portilla, F. J. (dir.) y Álvarez Rodríguez, I. (coord.), *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*, Valencia: Tirant lo Blanch.

DURAND, P. [1999]: *La política contemporánea de Seguridad Social*, traducción y estudio preliminar sobre la recuperación de un clásico de la doctrina de la Seguridad Social por Vida Soria, J., Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. [2013]: «Los profesionales altamente cualificados en el derecho migratorio», *Revista Justicia Laboral*, núm. 55.

— [2013]: «Constitución, derechos sociales y tutela del trabajador», en AA. VV., Garrido Pérez, E. (coord.), *Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

— [2010]: «El régimen de la autorización de trabajo por cuenta ajena tras la Ley Orgánica 2/2009. Hacia un infra-estatuto de ciudadanía social para el trabajador inmigrante», en AA. VV., Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.), *Inmigración, mujeres y menores*, Murcia: Laborum.

FERNÁNDEZ COLLADOS, B. [2007]: *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Murcia: Laborum.

LANTARÓN BARQUÍN, D. [2010]: «La protección de los extranjeros en el Sistema Nacional de Salud», en AA. VV., González Ortega, S. (dir.), *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia: Tirant lo Blanch.

LUELMO MILLÁN, M. Á. [2009]: «Salud», en AA. VV., Sempere Navarro, A. V.; Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Aguilera Izquierdo, R. (dir. y coord.), *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

MERCADER UGUINA, J. R. [2003]: «La protección social de los trabajadores extranjeros», en AA. VV., *Derechos y libertades de los extranjeros en España*, tomo II, Cantabria: Gobierno de Cantabria.

MOLINA HERMOSILLA, O.; VILLAR CAÑADA, I. y GÓMEZ JIMÉNEZ, J. M. [2008]: «La asistencia sanitaria como prestación del Sistema de Seguridad Social y su provisión a través del Sistema Nacional de Salud», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N., (coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada: Comares.

MOLINA NAVARRETE, C. [2001]: «Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. (dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Granada: Comares.

— [2008]: «La protección de la salud en el Sistema de Seguridad Social: dos historias inacabadas y confusas de segregación normativa e institucional», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete,

C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N., (coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada: Comares.

MOLINA NAVARRETE, E. y MOLINA NAVARRETE, C. [2012]: «Elevando el "umbral del dolor" de la mala gestión de la crisis: recortes travestidos de reforma sanitaria», *RTSS.CEF*, núm. 351.

MONEREO PÉREZ, J. L. [2012]: «Protección de la salud», en AA. VV., Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (dir. y coord.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. [2007]: «La asistencia sanitaria como derecho fundamental y el sistema nacional de salud como garantía institucional: balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N., *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada Comares.

MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. [2013]: «Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012: sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático-social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 157.

— [2012]: «Estudio preliminar: avances, retrocesos y perspectivas de futuro inmediato en la regulación jurídico-legal de la inmigración extranjera en España», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L.; Fernández Avilés, J. A. y Triguero Martínez, L. Á. (dirs. y coords.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada: Comares.

MONTOYA MELGAR, A. [2004]: «Asistencia Sanitaria: de la Seguridad Social al Sistema Nacional de Salud (Apunte para su estudio)», *Revista Aranzadi Social*, núm. 5.

MORENO FUENTES, F. J. [2013]: «Retos, reformas y futuro del Sistema Nacional de Salud», *REAF*, núm. 18.

MUIZNIEKS, N. [2013]: *Report de la Commissioner for Human Rights del Council of Europa*, núm. 18.

OCHANDO CLARAMUNT, C.; ANTUÑANO MARURI, I. y SOLER GUILLÉN, Á. [2010]: «Evolución demográfica, inmigración y sistema de pensiones en España», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L. (dir.), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: aspectos críticos*, Granada: Comares.

PALOMAR OLMEDA, A. [2012]: «La asistencia sanitaria en España», en Palomar Olmeda, A.; Larios Risco, D. y Vázquez Garranzo, J., *La reforma sanitaria*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

PANIZO ROBLES, J. A. [2013]: «El derecho a la asistencia sanitaria en España: ¿derecho de seguridad social o asistencia sanitaria pública?», *RTSS.CEF*, núm. 367.

PÉREZ REY, J. [2010]: «Los menores extranjeros», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L. (dir.); Triguero Martínez, L. Á. y Fernández Avilés, J. A. (coord.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada: Comares.

QUESADA SEGURA, R. [2014]: «Los derechos fundamentales inespecíficos en materia de Seguridad Social», ponencia presentada al *XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social*.

RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. [2012]: «Turismo sanitario tras la STJUE de 27 de octubre de 2011», *Revista Aranzadi Social Doctrinal*, núm. 8.

— [2013]: «La asistencia sanitaria en la Constitución Española», en AA. VV., Garrido Pérez, E. (coord.), *Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

SÁNCHEZ PÉREZ, J. [2013]: «A vueltas con el derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo por parte del inmigrante en situación irregular», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 34.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. [2009]: «El turismo sanitario en la Unión Europea», en AA. VV., Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M.<sup>a</sup> D. (dirs.), *Derecho y Medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y KAHALE CARRILLO, D. T. [2012]: «Asistencia sanitaria», en AA. VV., Sempere Navarro, A. V. (dir.), Kahale Carrillo, D. T. (coord.), *Reforma de la salud pública y la asistencia sanitaria. Estudio de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública y del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, sobre sostenibilidad del Sistema nacional de Salud*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

SERRANO FALCÓN, C. [2009]: «Ámbito subjetivo. El supuesto de los nacionales de terceros países», en AA. VV., Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M.<sup>a</sup> D. (dirs.), *Derecho y medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

SERRANO GARCÍA, J. M.<sup>a</sup> [2012]: «Conceptualización de Estado social», en *Derechos y política social*, Albacete: Bomarzo.

SOLANES CORELLA, Á. y CARDONA RUBERT, M.<sup>a</sup> B. [2006]: «La realidad local de la inmigración: el padrón municipal como forma de integración», en AA. VV., Campoy Cervera, I. (ed.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Madrid: Dykinson.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. [2012]: «Artículo 12. El derecho a la asistencia sanitaria», en AA. VV., Monereo Pérez, J. L.; Fernández Avilés, J. A. y Triguero Martínez, L. Á. (dirs. y coords.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada: Comares.

— [2012]: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Granada: Comares.

— [2009]: «La denegación de técnicas punta», en AA. VV., Rivas Vallejo, P. y García Valverde, M.<sup>a</sup> D. (dirs.), *Derecho y medicina: cuestiones jurídicas para profesionales de la salud*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

USHAKOVA, T. [2010]: «La directiva de la tarjeta azul de la Unión Europea como instrumento de política activa de gestión migratoria», *Revista Tribuna Social*, núm. 236-237.

VÁZQUEZ GARRANZO, J. [2010]: «La protección de la salud», en AA. VV., Palomar Olmeda, A. (coord.), *Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, tomo II, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

VELA DÍAZ, R. [2014]: *Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España: un enfoque de género de la política migratoria*, Granada: Comares.

VILLAR PALASÍ, J. L. [1975]: *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Madrid: Tecnos.