

**LA RECUPERACIÓN DE LA UNIVERSALIDAD DE LA
ASISTENCIA SANITARIA TRAS EL REAL DECRETO-LEY 7/2018,
DE 27 DE JULIO**

***THE RECOVERY OF THE UNIVERSALITY OF THE SANITARY
ASSISTANCE AFTER THE ROYAL DECREE - LAW 7/2018, OF 27
JULY***

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*Profesora Contratada Doctora (acreditada como Titular de Universidad)
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

Artículo recibido el 3 de enero de 2019
Artículo aceptado el 17 de enero de 2019

RESUMEN

El derecho a la salud se configura, dada su equivocada ubicación en el texto constitucional, como un principio rector de la política social y económica (artículo 43 de la CE) al que se le otorga una debilitada protección que no queda exenta de críticas. Son muchos los vaivenes que, en torno a esta materia, ha protagonizado la doctrina del Tribunal Constitucional. Sin embargo, lo cierto es que a pesar del constante tira y afloja, el derecho a la salud se ha erigido en pilar fundamental para la construcción de un constitucionalismo democrático-social que pretende dar primacía a los ciudadanos (derecho subjetivo) frente a los intereses económicos y mercantilistas propios de sociedades poco inclusivas. Por todo ello, al derecho a la salud se le otorga y reconoce (tanto en la normativa internacional, como en la comunitaria) el carácter de derecho primario y fundamental vinculado al derecho a la vida, a la integridad física y la dignidad de toda persona. En esta línea, se sitúa

el Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. Y es que, gracias a esta normativa, el derecho a la asistencia sanitaria se configura ahora como un derecho de ciudadanía, de carácter universal y no solamente ligado a la nacionalidad y a la residencia legal, por lo que el mismo se hará igualmente extensible (aunque con alguna limitación) a las personas que se encuentren irregularmente en España.

PALABRAS CLAVE: Asistencia sanitaria, derecho a la salud, ciudadanía inclusiva, inmigrantes irregulares y Seguridad Social.

ABSTRACT

The right to health is configured, given its mistaken location in the constitutional text, as a guiding principle of social and economic policy (Article 43 of the EC) which is granted a weakened protection that is not exempt from criticism. There are many swings that has led the doctrine of the Constitutional Court in this matter. However, the truth is that despite the constant tug of war, the right to health has become a fundamental pillar for the construction of a democratic-social constitutionalism that aims to give primacy to citizens (subjective right) against the interests economic and mercantilist societies of little inclusive societies. For all these reasons, the right to health is granted and recognized (both in international and community regulations) as a primary and fundamental right linked to the right to life, physical integrity and dignity of every person . In this line, Royal Decree-Law 7/2018, of July 27, is placed on universal access to the National Health System. And is that, thanks to this royal decree, the right to health care is now configured as a right of citizenship, of a universal nature and not only linked to the residence, so it extends equally (although with some limitation) to people who are irregularly in Spain.

KEY WORDS: Health care, right to health, inclusive citizenship, irregular immigrants and Social Security

SUMARIO

- 1. El derecho a la salud y a la asistencia sanitaria a debate: marco jurídico y sistema de garantías debilitadas para inmigrantes en situación irregular.*
- 2. La protección universal de la salud como derecho humano social fundamental.*

2.1. *Libre circulación de migrantes y asistencia sanitaria: el declive del concepto de "ciudadanía inclusiva".*

2.2. *La residencia como condición "sine qua non" para el control de flujos migratorios y el acceso al derecho a la asistencia sanitaria.*

2.3. *Ámbito subjetivo del derecho a la libre circulación de migrantes.*

3. *Conflicto de competencias y cambio de rumbo: el derecho a la asistencia sanitaria como derecho desmercantilizado. Caminando hacia la universalidad y la "publicación" de garantía de su contenido esencial.*

3.1. *Conflicto de competencias entre Estado y CCAA: un alto en el camino. Paradojas y breve alusión a los pronunciamientos del TC de 134/2017 y 145/2017.*

3.2. *Avanzando hacia la "universalidad" del derecho a la asistencia sanitaria: puntos críticos de una reforma inacabada.*

4. *Propuestas de mejora y conclusiones jurídico-críticas.*

5. *Bibliografía.*

"... si el rasgo quizá más destacado de la globalización, en ausencia del cual no se llega a aprehender la noción de tal, es su acaecer autónomo o independiente de la voluntad estatal, e incluso a despecho de la misma, la Constitución escapa a la posibilidad de convertirse en su objeto, por tratarse de un fenómeno nacional. De modo que de ningún régimen constitucional puede esperarse que alcance dimensiones supranacionales de no mediar la colaboración al respecto de los Estados concernidos".

TEROL BECERRA, M¹

1. EL DERECHO A LA SALUD Y A LA ASISTENCIA SANITARIA A DEBATE: MARCO JURÍDICO Y SISTEMA DE GARANTÍAS DEBILITADAS PARA INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

La protección universal del derecho a la salud se ha venido configurando como una cuestión conflictiva que, en principio, se ha vinculado al sistema de la Seguridad Social y solo ante la ausencia de dicho título es entonces cuando ha entrado en juego el título de residencia legal². De acuerdo con este criterio, han quedado durante algún tiempo fuera

¹ TEROL BECERRA, M: "Globalización versus universalización constitucional en el mediterráneo. Propuesta metodológica para un análisis de la diversidad", *Revista de Derecho Político*, nº60, 2004, pág. 79.

² GARCÍA MURCIA, J Y RODRÍGUEZ CARDO, I.A: "Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social a una regulación específica", *Foro-Nueva época*, vol.17, núm.1,

del disfrute de este derecho las personas inmigrantes en situación irregular administrativa. Sin lugar a dudas, este hecho ha sido objeto de fuertes críticas y duro debate político, ya que no logra entenderse cómo de una configuración legal se puede limitar derechos cuasi-fundamentales únicamente por el hecho de la situación legal y administrativa en España³. En efecto, el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido esta injusta cuestión al afirmar que "la asistencia sanitaria pública no es un Derecho que haya de ser reconocido a los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles" (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2000, de 10 de abril). Y, de igual modo, en lo que respecta al reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas (CCAA) el Alto Tribunal recuerda que "la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el artículo 3 de la Ley 16/2003" (STC 134/2017, de 16 de noviembre).

El estatuto jurídico constitucional que ha diseñado el Tribunal Constitucional (TC), a raíz de la previsión establecida en el artículo 13.1 de la Constitución Española (en adelante CE)⁴, debe seguir tres parámetros básicos que habilitan esta diferenciación entre nacionales y extranjeros⁵, a saber: 1) El derecho a la salud, por su ubicación en la Carta Magna, no es un derecho fundamental de máximo nivel de protección ex artículo 53 de la CE (aunque sí lo es desde una significación jurídica más general en la normativa internacional y europea a la que se remite ex art. 10.2 CE). Se trata de un principio rector de la política social y económica (artículo 43 de la CE) que se relaciona con los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la integridad (física y psíquica) y la intimidad personal⁶. 2) Erróneamente ha afirmado el Tribunal Constitucional que se trata éste de un derecho prestacional y de configuración legal que podrá ser limitado por el legislador atendiendo a los intereses públicos y la disponibilidad presupuestaria. A este respecto, recuerda el Auto del Tribunal Constitucional 96/2011, de 21 de julio que: "... la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación

2014, pág.312. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2014.

³ TORTUERO PLAZA, J.L: "El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, pág. 60. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España", *Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, nº1, 2018, pág.1.

⁴ "1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

⁵ Artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXI): "Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española".

⁶ De ahí que, una parte de la doctrina se refiera a él como un derecho cuasifundamental o cuasiconstitucional. Ver ARZOLA ASTACIO, H. L: "Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros", *Revista Gabilex*, nº11, 2017, págs. 125 y siguientes.

caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema". De modo que, con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional avala la primacía de una racionalidad económica antes que el respeto a una racionalidad social⁷ tendente al mantenimiento de un derecho a la ciudadanía inclusiva en condiciones de igualdad, de acuerdo con lo que establecen los derechos constitucionales⁸. 3) El legislador dispone de plena libertad para configurar este derecho, tal y como dispone el Constitucional en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre: "... el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español".

El amplio margen que el Tribunal Constitucional concede al legislador español le lleva a operar una clasificación tripartita de los derechos fundamentales que les corresponde a los extranjeros en España (STC 236/2007): A) Aparecen aquellos derechos fundamentales que les corresponden a todos los extranjeros en igualdad de condición que a los españoles, debido a que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana como fundamento del orden político español (entre otros se encuentra el derecho a la vida, integridad física, derecho a la intimidad, a la asistencia jurídica, derecho a la educación y la libertad ideológica). B) El Alto Tribunal español se refiere a los derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros y que se engloban bajo fórmulas jurídicas impersonales (se habla aquí de los derechos fundamentales de reunión y de asociación)⁹. Finalmente, C) se identifica una tercera categoría cuya titularidad de derechos corresponderá a los extranjeros en la medida en que así lo reconozcan los tratados y las leyes. Se tratan, por tanto, de derechos que la Constitución no atribuye directamente a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los extranjeros "aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles". En este caso "... al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia, ya que puede modular las condiciones de ejercicio en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros" o tomar en "consideración el dato de su

⁷ MONEREO PÉREZ, J.L Y ORTEGA LOZANO, P.G: "La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº16, 2018, pág. 33.

⁸ LÓPEZ INSUA, B.M: "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L, TULIO BARROSO, F Y LAS HERAS, H (Dir); MALDONADO MOLINA, J.A Y MORENO VIDA, M^a.N (Coords), *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Murcia, Laborum, 2018, págs. 583-614.

⁹ Se trata de derecho que deben ser reconocidos a todos los extranjeros, independientemente de que sean o no residentes legales. No obstante, el Constitucional reconoce que el legislador puede establecer "condicionamientos adicionales" respecto a su ejercicio que, "si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales".

situación legal o administrativa en España". En este punto se presenta el derecho a la salud y el derecho a la protección por desempleo en España.

Por lo tanto, siguiendo estrictamente lo preceptuado por la CE y de conformidad con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, el derecho a la salud habrá de estar a lo dispuesto por su normativa legal específica para así determinar el alcance de la cobertura sanitaria para los inmigrantes¹⁰. Sin embargo, olvida aquí el Constitucional y el legislador que la salud se concreta en el derecho a la asistencia sanitaria, la cual engloba ampliamente a todos los ciudadanos. En efecto, la protección a la salud y a la asistencia sanitaria constituye un pilar fundamental del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo, de ahí que se configure el derecho a la salud como un derecho humano fundamental de carácter primario y esencial para el logro de una ciudadanía inclusiva¹¹. Por lo tanto, independientemente de la condición administrativa del extranjero, todas las personas son titulares de los derechos fundamentales reconocidos en los Convenios Internacional y Declaraciones Universales de Derechos Humanos reconocidos por el Estado español. Al configurarse la asistencia sanitaria como un derecho subjetivo no cabe pues, separar el derecho reconocido *ex* artículo 41 CE –derecho a la Seguridad Social– del reconocido *ex* artículo 43 CE –derecho a la protección de la salud. Distinto de lo anterior será que el derecho a la asistencia sanitaria se preste a través del Sistema Nacional de Salud¹².

De acuerdo con estas ideas, no puede mantenerse en absoluto una independencia conceptual y normativa de la Asistencia Sanitaria respecto de la Seguridad Social¹³, pues ambas caminan de la mano y en sintonía para hacer frente a los distintos estados de necesidad de los todos los ciudadanos¹⁴.

En definitiva, el derecho a la asistencia sanitaria se configura como un derecho subjetivo en el ordenamiento jurídico español, al que constitucionalmente se le otorga una

¹⁰ SAURA SÚCAR, M: "La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros", *Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº 94 (99), 2001, pág. 2.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L: "La salud como derecho humano fundamental", *Relaciones Laborales*, nº9, 2014, págs. 1-15 en su versión digital. Del mismo autor, "[La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria \(I y II\)](#)", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Nº 5-6, 2010, págs. 69-94, y 59-86, respectivamente. En esta misma línea, TORTUERO PLAZA, J.L: "El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios"...op.cit.

¹² MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C, QUESADA SEGURA, R Y MALDONADO MOLINA, J.A: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2018.

¹³ MALDONADO MOLINA, J.A: "El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnico-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjero", en AA VV, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (Coord.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares, 2010.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L: "La salud como derecho humano fundamental", op.cit, págs. 1-15 en su versión digital. MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C, QUESADA SEGURA, R Y MALDONADO MOLINA, J.A: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2018.

deficiente técnica de garantía débil¹⁵, como es la de los "principios rectores de la política social y económica". En consecuencia, sin perjuicio de su naturaleza de auténtico derecho constitucional y su innegable valor normativo, lo cierto es que su sentido y alcance dependerán prácticamente de la concreción que le den las leyes de desarrollo (artículo 53.3 CE)¹⁶. Pero siempre y en todo caso sin olvidar el *mandato imperativo* de interpretar este derecho social conforme a lo establecidos en las normas internacionales ratificadas por nuestro país (artículo 10.2 CE).

2. LA PROTECCIÓN UNIVERSAL DE LA SALUD COMO DERECHO HUMANO SOCIAL FUNDAMENTAL

El carácter universal del derecho humano a la salud se deduce de la expresión "toda persona" que emplean los distintos textos internacionales y comunitarios para así designar a quienes (los ciudadanos en su condición de titulares de este derecho subjetivo) pueden ser beneficiarios de este derecho. La universalización de este derecho radica precisamente en la figura de la titularidad, la cual se configura de manera independiente de la condición de nacional o extranjero y, más concretamente, de la situación legal o administrativa que el legislador español establezca a través de las normas que a tal efecto se establecen¹⁷.

En la forma de Estado Social y Democrático de Derecho que establece la Carta Magna se habrá de proteger el derecho a salud, evitando así intervenciones restrictivas de este derecho por parte de los Poderes Públicos¹⁸. A tal fin, queda habilitado el Tribunal Constitucional para realizar un juicio de proporcionalidad en torno a cualquier medida que limite, restrinja o vulnere el pleno ejercicio de este derecho. Respecto al derecho a la salud de los inmigrantes irregulares, le corresponde a este tribunal valorar si las restricciones introducidas por el legislador de urgencia, conforme a un criterio de racionalidad económica¹⁹, respetan o no su contenido esencial y si superan o no los criterios del principio de proporcionalidad: idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto. Ciertamente, confirma el Constitucional en su Auto de 239/2012, de 12

¹⁵ MALDONADO MOLINA, J.A: "Capítulo. 3. La Seguridad Social de los inmigrantes", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L (Dir), RODRÍGUEZ INIESTA, G, MALDONADO MOLINA, J.A Y DE VAL TENA, L.A (Coord), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo II, Murcia, Laborum, 2017, págs. 509-515.

¹⁶ Tal como ha recordado la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 95/2000, de 10 de abril, los principios rectores de la política social y económica, no son normas vacías de contenido, sino que las resoluciones de los órganos judiciales habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE. MONEREO PÉREZ, J.L Y ORTEGA LOZANO, P.G: "La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico"...op.cit., pág. 31.

¹⁷ ARZOLA ASTACIO, H. L: "Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros"...op.cit., págs. 30 y 31.

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L: "La salud como derecho humano fundamental", op.cit, pág. 1

¹⁹ GUINDO MORALES, S: "El Derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares" en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, pág.229.

de diciembre de 2012²⁰ que: "... el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado".

En definitiva, para el Tribunal Constitucional el interés económico de estas medidas restrictivas del derecho a la salud no es motivo suficiente para explicar por qué no subsisten fondos públicos suficientes para atender prestaciones que antes sí estaban cubiertas. De modo que el legislador no puede apoyar su razonamiento en un argumento meramente económico para así limitar rigurosamente un derecho cuasi-fundamental, que conecta de manera inescindible con los derechos fundamentales a la vida e integridad física (artículo 15 de la CE) y la dignidad humana (artículo 10 de la CE).

La salud, en su configuración jurídica compleja e integrada con otros derechos fundamentales, aparece referido a nivel internacional como un derecho humano universal, toda vez que se atribuye a toda persona, con independencia de su situación legal o ilegal, lo cual resulta coherente en su dimensión subjetiva con la elevación del reconocimiento de la "persona" en los textos de rango fundamental²¹. En esta línea, cabe citar el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional ("derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"). Asimismo, no cabe olvidar las referencias expresas que a este derecho universal se hacen en otros textos internacionales, a saber: la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea. Finalmente, merece una especial mención el Convenio número 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y que España ha ratificado, por lo que de conformidad con el mismo "... todos los trabajadores inmigrantes, con independencia de su nacionalidad, quedaron equiparados a los españoles en términos absolutos, con las únicas excepciones de la gente del mar, los autónomos, los fronterizos y los artistas liberales en breve estancia".

El mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ya ha insistido en que a la salud habrá de otorgársele el "más alto nivel posible", por lo que habrá que tener en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas

²⁰ Pleno. Auto 239/2012, de 12 de diciembre de 2012. Conflicto positivo de competencia 4540-2012. Levanta parcialmente la suspensión en el conflicto positivo de competencia 4540-2012, interpuesto por el Gobierno de la Nación en relación con el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

²¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: "Protección de la salud", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ (Dirs. y Coords.) *et al*: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012. MONEREO PÉREZ, J.L.: "Derecho a la salud", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ (Dirs. y Coords.) *et al*: *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014.

esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado (Artículo 12, en su párrafo 1). Por todo ello, no cabe entender a la salud (tal y como dispone la Constitución Española en su artículo 43) como un simple principio programático. Así es, como derecho atribuido a la "persona" no puede quedar limitado a los "ciudadanos" (o mejor dicho, a determinados ciudadanos en situación de legalidad administrativa), lo que debe ser asimismo extensible a todas las personas que se encuentren en el espacio de la Unión Europea (UE) y que requieran de atención sanitaria en cualquiera de sus manifestaciones²². Para el colectivo comunitario la salud constituye un elemento esencial para la protección de la dignidad humana, es por ello que el mismo artículo 2 del Tratado de la Unión Europea de 2002 proclame que: "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres". De igual modo, el apartado primero del artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que "al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana", lo ya de por sí evidencia el elevado impacto que se reconoce a la tutela sanitaria en cuanto inspiradora de la agenda comunitaria. En efecto, dicho precepto (en sintonía con lo dispuesto a nivel internacional) consigna como principio transversal del ordenamiento jurídico europeo la garantía de un alto nivel de protección de la salud humana²³, puesto que se trata éste de un derecho que incide en diversos campos de actuación que exceden más allá del asistencial sanitario propiamente dicho²⁴.

Se trata éste de un derecho social supeditado a las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. De ahí que ya la Carta Social Europea reconozca en su artículo 35 el derecho de toda persona a la prevención sanitaria y al disfrute de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. No obstante, esta libertad de la que disponen los Estados miembros no es absoluta sino que queda supeditada a la organización, prestación de servicios sanitario y atención primaria (Art. 168.7 TFUE), puesto que en la ordenación de prestaciones y establecimiento de condiciones de acceso están presentes los principios informadores del Derecho Comunitario. A este respecto, cabe recordar la doctrina asentado por el Tribunal de Justicia de la UE: "...la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de

²² MONEREO PÉREZ, J.L Y ORTEGA LOZANO, P.G: "La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico" ...op.cit., págs. 32 y 33.

²³ MONEREO PÉREZ, J.L: "¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, pág. 835.

²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L: "La salud como derecho humano fundamental" ...op.cit, págs. 1-15 en su versión digital. Del mismo autor, "[La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria \(I y II\)](#)"... págs. 69-94, y 59-86, respectivamente.

acogida justifica en principio la posibilidad de comprobar la regularidad de la residencia en el momento del reconocimiento de una prestación social, especialmente en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros y que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado"²⁵. Por todo ello, la acción coordinada de los sistemas nacionales que acomete la UE aspira a materializar la garantía y efectividad del derecho a la asistencia sanitaria transnacional, para así no contradecir el principio de libre circulación de ciudadanos que establece el artículo 21.1 del TFUE, a saber: "Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación". Sin embargo, este cometido no constituye una tarea fácil, ya que la diversidad y pluralidad de modelos existentes a nivel comunitario representa, precisamente, la principal dificultad con la que tropieza la labor coordinadora del colectivo Comunitario.

La asistencia sanitaria constituye, en definitiva, una de las prestaciones o ramas específicas de Seguridad Social, la cual queda vinculada al derecho a la Seguridad Social en virtud de lo dispuesto por la normativa internacional y europea. A este respecto, el *ex* artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales de la UE especifica que: "la Unión reconoce y respeta el derecho a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad...". Esto no debe llevar a una disminución en la protección de este derecho, sino que el mismo queda reforzado por los diversos modelos jurídico-materiales públicos dispuestos en cada uno de los Estados miembro. La coordinación comunitaria entre los distintos sistemas de Seguridad Social se encuentra íntimamente conectada con el principio de libre circulación de trabajadores que rige dentro del ámbito comunitario, en la medida en que una correcta coordinación ayudará a eliminar los obstáculos que impiden la consecución de este objetivo. De este modo, el principio de coordinación permite salvaguardar los derechos adquiridos y en curso de adquisición de los migrantes en el ámbito de la Seguridad Social, evitando que los trabajadores migrantes no vean mermados sus derechos y/o expectativas de derecho en materia de asistencia sanitaria, al tiempo que se garantiza la igualdad de trato. En esta línea, el Reglamento 883/2004 recuerda que la única forma de contribuir a la mejora del nivel de vida y condiciones de empleo será sólo mediante el establecimiento de normas de coordinación de la Seguridad Social²⁶. Por lo que, a fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales aplicables se deberá aplicar el principio de territorialidad, es decir, únicamente podrá someterse el trabajador a la legislación de un sólo Estado (Artículo 13.1 del Reglamento

²⁵ Sentencia del TJUE, Sala Primera, de 14 junio de 2016.

²⁶ LÓPEZ INSUA, B.M: "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes"...p-ag. 583-590.

883/2004)²⁷. Por regla general, será la ley del Estado en cuyo territorio el trabajador preste servicios por cuenta ajena o por cuenta propia la aplicable ("*lex locis laboris*")²⁸.

2.1. Libre circulación de migrantes y asistencia sanitaria: el declive del concepto de "ciudadanía inclusiva"

La libertad de circulación de trabajadores migrantes constituye un principio fundamental recogido en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) y el cual se desarrolla por el mismo Derecho derivado europeo, así como por la Jurisprudencia comunitaria del Tribunal de Justicia (TJUE)²⁹. Desde sus orígenes este principio (que involucra un haz de derechos conexos) ha constituido clave fundamental para la instauración de un mercado único, así como para el progreso de integración en el espacio Schengen y la garantía de una igualdad ciudadana comunitaria³⁰. Las distintas manifestaciones de este derecho - dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia- implican que los ciudadanos de la Unión (y sus familiares) puedan, entre otros derechos: buscar empleo en otros países comunitarios, desempeñar una actividad profesional sin necesidad de permiso de trabajo, residir en otro país y recibir el mismo trato que los ciudadanos que el país de residencia en lo relativo al acceso al empleo, condiciones de trabajo y disfrute de derecho sociales. Por lo tanto, en términos amplios, este principios implica la movilidad de las personas migrantes por la Unión sin trabas burocráticas, ni legales.

Ahora bien, tal afirmación requiere de una matización respecto de los nacionales de terceros países y trabajadores en situación de irregularidad administrativa. Y es que tanto el Sistema de los Tratados, como el derecho derivado de la Unión Europea aún mantienen esa diferenciación por razón de la nacionalidad y residencia, la cual hace

²⁷ Para más inri, el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la UE establece un mandato dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo por el que, en materia de Seguridad Social, se deberán adoptar: "... las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros".

²⁸ LÓPEZ INSUA, B.M: " La determinación de las prestaciones por invalidez, vejez y supervivencia en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. I, Nº 2, 2016, págs.150 y ss.

²⁹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2014, págs. 35-39.

³⁰ El derecho a la libre circulación y residencia se había reconocido en 1951 en el Tratado CECA y desde 1957 en los Tratados de Roma. Este derecho se venía disfrutando como eje esencial de un proceso de integración basado en la libre circulación y residencia para acceder a un empleo asalariado, acceder a un empleo por cuenta propia, prestar o recibir un servicio, ejercer establemente una profesión, o abrir un negocio (como comerciante, industrial... etc.). La concepción estrictamente económica de la libre circulación en sus inicios estaba justificada por la necesidad de hacer un uso racional de los factores de producción en los Estados miembros, identificándose tales factores con el capital y la mano de obra.

extensible a todos los ámbitos de la vida social. Así lo recuerda la Carta Social Europea, en su artículo 13, ha reconocer el derecho a la asistencia médica y concretar en su apartado 4 el compromiso de las partes de aplicar este derecho -en condiciones de igualdad con sus nacionales- a aquellos colectivos de migrantes "que se encuentren legalmente en su territorio". No obstante el anexo a la Carta Social fija y aclara que, en cuanto su ámbito de aplicación, únicamente habrá de entenderse incluidos los extranjeros que "residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada".

Tras la introducción del concepto de "ciudadanía" en el conjunto comunitario se hizo extensible la aplicación del principio de igualdad de trato a todos aquellos (trabajadores y ciudadanos de la UE) que quieran ejercer el derecho a la libre circulación³¹, ya sea por razones de búsqueda de empleo o para el acceso a las prestaciones (contributivas y no contributivas)³². En este sentido, una de las trabas más graves que se produce a nivel europeo consiste en la falta de respeto debido hacia los Derechos humanos y libertades fundamentales, pues a pesar de los múltiples instrumentos normativos existentes, lo cierto, es que en la práctica los principios de libertad de circulación, no discriminación e igualdad no se respetan³³. Y ello, aun cuando, desde el campo de las Instituciones y Organismos Internacionales ya se hayan declarados ilegales muchas de las prácticas expulsivas por su contraposición con el estándar multinivel de Derechos humanos³⁴. Lamentablemente, en las políticas públicas migratorias impera todavía la racionalidad excluyente y represiva debida al redescubrimiento político-jurídico de la idea de "peligrosidad social"³⁵. De ahí que el tratamiento que reciban los ciudadanos de terceros países sea inferior al que disfrutaran los que ostentan la ciudadanía de países miembros de la Unión.

³¹ El concepto de ciudadanía de la Unión, introducido por el Tratado de Maastricht, añadió una nueva dimensión política a la naturaleza de la integración europea, que hasta entonces había sido fundamentalmente económica. El gran entusiasmo inicial del TJUE en determinar la ciudadanía de la Unión como el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros queda supeditado a las posibles consecuencias de la combinación de los artículos 18, 20 y 21 del TFUE. La ciudadanía de la Unión se ha construido sobre los cimientos ya establecidos por la jurisprudencia del TJUE en materia de la libre circulación de personas.

³² MONEREO PÉREZ, J.L: "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº34, 2013. MONEREO PÉREZ, J.L: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 41, 2016. CHARRO BAENA, P: "El derecho a la Seguridad Social de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A, *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio jurídico-técnico y de política del Derecho*, Granada, Comares, 2016, págs. 259-260.

³³ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "Libre circulación en la Unión Europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº10, 2017, pág. 117.

³⁴ VV.AA., MONEREO ATIENZA, C Y MONEREO PÉREZ, J.L (Dir y Coord)., *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L: "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", *Documentación Laboral*, nº 83, 2008.

2.2. La residencia como condición "sine qua non" para el control de flujos migratorios y el acceso al derecho a la asistencia sanitaria

El espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE crea un espacio de movilidad en el interior del colectivo comunitario, el cual establece diferenciaciones en función de la condición o no de ciudadano de la Unión y, por tanto, del estatus jurídico de las personas migrantes resulta. Se entrecruzan así tres elementos clave, de un lado, los principios de libre circulación y residencia, de otro, los flujos migratorios y, finalmente, el respeto y el acceso a la protección de los derechos fundamentales³⁶.

En efecto, actualmente, se pone en práctica la lógica de seguridad interior frente a la entrada y permanencia de personas extracomunitarias en situación irregular, lo que al tiempo lleva a realizar una selección de personas y, por consiguiente, un endurecimiento de las políticas de protección social³⁷. A sensu contrario, lo ideal sería que las políticas comunitarias caminaran en un sentido más de integración y refugio, en lugar de fomentar la expulsión y la limitación de derechos. Este fenómeno no sólo está propiciando una desnaturalización del concepto de ciudadanía, sino también una mercantilización del estatuto jurídico de los nacionales de terceros países. A este respecto, algunos Estados miembros están llevando a cabo prácticas una serie de "prácticas" para la venta de la nacionalidad, a saber: países como Portugal, Grecia Chipre, Bulgaria, Hungría, España ya están facilitando la concesión de la nacionalidad y, por ende, la de ciudadanía de la Unión (y/o del permiso de residencia) a cambio de cuantiosas inversiones en propiedades inmobiliarias o compra de deuda soberana para los nacionales de estos países con un alto poder adquisitivo e inversor. La aplicación de la norma no parece que vaya a provocar un aumento significativo inmediato del número de beneficiarios del derecho a la libre circulación, pero incorpora un elemento selectivo y discriminatorio, esto es, un atajo para acceder primero a la residencia, después a la nacionalidad y, como colofón, a la ciudadanía de la UE³⁸.

La obligación de respetar los derechos fundamentales y el acceso al sistema de protección social vienen determinados no sólo por las políticas migratorias, sino también por los instrumentos comunitarios. Y es que en ellos se determinan los requisitos y condiciones para el acceso a ese marco privilegiado de garantías y, por ende, a la

³⁶ SOBOTOVICOVA, S: "El contenido del (in)existente "derecho" a la libre circulación y residencia de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la Unión Europea", VV.AA., UGARTEMENDIA ECEIZABARRERA, J.I (Dir), *La Tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Comunidad Autónoma de Euskadi, Instituto Vasco de Administración Pública, 2016, págs. 421-423.

³⁷ MONEREO PÉREZ, J.L: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados" ...op.cit., pág. 2

³⁸ GORTÁZAR ROTAECHE, C.J: "Identity, Member States Nationality and EU Citizenship: Restitution of Former European Nationals v. Naturalisation of New European Residents", en *The Reconceptualisation of European Union Citizenship*, Leiden, Brill Nijhoff, 2013.

condición de ciudadano. Los últimos constituyen piedra angular para la salvaguarda del derecho a la libre circulación en la Unión.

Desde el Tratado de la Comunidad Europea hasta el TFUE se recoge este derecho como un principio esencial, en virtud del cual ningún trabajador migrante podrá ver mermado sus derechos (incluidos los nacionales de terceros países)³⁹. El alcance material de este derecho no sufre, en principio, ningún cambio tras la publicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, pues la misma (con carácter vinculante) no puede alterar o distorsionar el régimen establecido en el sistema de Tratados. Recuérdese que la CDFUE establece el derecho a la libre circulación y residencia para los ciudadanos de la Unión⁴⁰, pero además reconoce de forma expresa la facultad de atribuir este mismo derecho a los nacionales de terceros países que "residan legalmente" en el territorio de la UE. Por su parte, el Tratado de Lisboa vuelve a confirmar lo previsto en la Carta de DFUE, al establecer que la Unión adoptará medidas en el ámbito de la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros. Y, de igual modo, el TFUE insiste en esta materia al regular separadamente la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena en su artículo 45 y el disfrute de este derecho para los ciudadanos de la UE en su artículo 21.1. De esta dual diferenciación cabe extraer, en conclusión, la aplicación de un régimen distinto en función del derecho a residencia (ciudadanía en la Unión)⁴¹ el cual determina el acceso o no a las prestaciones no contributivas.

Aún cuando la actual legislación ha ampliado el ámbito personal y el contenido del derecho a la libre circulación, buscando así crear una Europa sin fronteras, lo cierto es que en la práctica este derecho se ha visto claramente mermado y limitado. A buen ejemplo, el artículo 48 del TFUE⁴² establece que: "El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros".

³⁹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "Libre circulación en la Unión Europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social" ...op.cit., pág. 112.

⁴⁰ El artículo 45. 1 de la Carta de DFUE establece que todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros

⁴¹ MONEREO PÉREZ, J.L: "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras" ...op.cit.

⁴² Antiguo artículo 42 del TCE.

La ausencia de unas reglas de armonización para el colectivo comunitario, así como de una doctrina judicial europea uniforme en esta materia, propicia la aplicación de unas reglas de acoplamiento que construyen un "puente jurídico" entre los distintos sistemas de Seguridad Social para así garantizar el mantenimiento de los derechos adquiridos. No se busca tanto la unión entre los dispares sistemas de protección social, sino que las pautas en este terreno quedan constreñidas al ámbito de la coordinación comunitaria. Cobra relevancia, en este punto, la promulgación del Reglamento CE nº 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, la cual se desarrolla por el Reglamento 987/2004⁴³. De este modo, se promueve el mantenimiento de distintos regímenes de Seguridad Social, al tiempo que los ciudadanos de la Unión y residentes legales podrán beneficiarse del derecho a la libre circulación ya sea por vía del Derecho Interno de cada uno de los Estados comunitario o del completado por la UE (vasos comunicantes)⁴⁴.

2.3. Ámbito subjetivo del derecho a la libre circulación de migrantes

La construcción del concepto de ciudadanía europea parte de la inicial distinción entre "extranjeros procedentes de la Unión" y "extranjeros de fuera de la UE". Así pues, los primeros gozarán de un estatuto privilegiado de derechos, mientras que los segundos habrán de alcanzar la condición de residentes legales -según la legislación de cada uno de los países miembros de la UE- para poder disfrutar del contenido normativo que establece la libre circulación (artículo 20.1 del TFUE)⁴⁵.

La regulación del derecho a la libre circulación y residencia, en su versión primaria, ya potenciaba esta diferenciación entre ciudadanos de primera y segunda clase, de ahí que se haya erigido un concepto de Europa a distintos niveles. La ampliación de la libre circulación también a los nacionales de terceros países que cumplan con la condición de residencia supone que la acción normativa del colectivo comunitario la UE se ubica en el Espacio de libertad, seguridad y justicia (artículo 4 (2) letra j del TFUE). Ahora bien, cabe preguntarse ¿hasta qué punto son considerados éstos extranjeros? La concepción clásica de la dicotomía nacional-extranjero se transforma ahora, de tal modo que "el binomio" (extranjero de la UE y extranjero extracomunitario) se dirige hacia un trinomio que distingue al nacional, del europeo y de otros sujetos. Queda claro pues que el Derecho originario no amplía la libre circulación y residencia a todos los nacionales de

⁴³ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social...*op.cit.

⁴⁴ Ver las sentencias del TJUE de 3 de abril de 2008, C-331/06, petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Amsterdam — Países Bajos — K.D. Chuck/Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank; y la de 21 de febrero de 2013, C-619/11, Patricia Dumont de Chassart contra Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés (ONAFTS).

⁴⁵ Véase la sentencia del TJCE de 10 de julio de 2008, C-33/07 en el asunto Jipa.

terceros países, sino que diferencia entre los nacionales de terceros países ilegales y legales. La diferencia entre inmigrantes legales e ilegales podría parecer extremadamente simple, aunque por supuesto no lo es desde la perspectiva del Tratado de Lisboa⁴⁶. Por todo ello, estos colectivos de migrantes quedan abogados a sufrir constantes sospechas en cuanto a su situación administrativa, lo que repercute en el disfrute de sus derechos fundamentales como personas.

No obstante a lo anterior, el derecho a la libre circulación y residencia de la UE se amplía también para los nacionales de terceros países "legales" por la triple vía del parentesco, residencia legal y voluntad declarada de facilitar la integración a los extranjeros en situación regular. Asimismo, los nacionales del Espacio Económico Europeo (EEE) podrán beneficiarse de ese estatuto privilegiado que integra a la libre circulación en el ámbito del Derecho de la Unión.

El contenido del derecho a la libre circulación, esto es, a la entrada, a circular libremente y a residir en el territorio comunitario, viene limitado por la duración de la estancia. Y ello es porque la UE desarrolla y crea las condiciones a las que los nacionales de terceros países habrá de someterse para poder circular por el ámbito comunitario. Así pues, la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril⁴⁷ se alza en guía diferenciadora entre aquellas estancias que son inferiores a tres meses (Art. 6 de la Directiva)⁴⁸ o superiores a tres meses (Art. 7 de la Directiva)⁴⁹ y dentro del espacio de Schengen. En ambos casos, cabe reseñar que la libre circulación es plena, mientras que en caso de necesitar visado los excomunitarios deberán cumplir con los requisitos que señala el art. 5.1 del Reglamento 562/2006, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras⁵⁰.

⁴⁶ SOBOTOVICOVA, S: "El contenido del (in)existente "derecho" a la libre circulación y residencia de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la Unión Europea"...op.cit., pág. 427.

⁴⁷ Relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En España la transposición de esta Directiva operó a través del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

⁴⁸ Basta aquí con la posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos para que los ciudadanos de la Unión o del EEE puedan circular libremente por la UE.

⁴⁹ El artículo 7 de la Directiva supedita el derecho de residencia al cumplimiento de cuatro requisitos: a) ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, b) disponer para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, 3) ser estudiante y disponer de recursos suficientes, aparte de concertar un seguro médico y 4) ser miembro de la familia de un ciudadano de la UE que se encuentre en alguna de las situaciones anteriores.

⁵⁰ Prevé este precepto que los nacionales de terceros países, para entrar al área Schengen para una estancia que no exceda de tres meses dentro de un período de seis meses, deben cumplir las siguientes condiciones: a) estar en posesión de un documento o documentos de viaje válidos que permitan el cruce de la frontera; b) estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales

Finalmente, para períodos superiores a tres meses se establecen diferentes requisitos por parte de las directivas comunitarias que si se cumplen por los nacionales de terceros países se considerarán en situación legal. Dentro de la primera categoría se encuentran los trabajadores: a) altamente cualificados o titulares de la tarjeta azul⁵¹, b) trabajadores temporeros⁵², c) traslado intraempresarial de un directivo, especialista y de trabajador de formación o ICT móvil⁵³ y d) trabajadores que residen legalmente en un Estado miembro⁵⁴. Forman parte de la segunda categoría, de un lado, los investigadores⁵⁵ y, de otro, los estudiantes, alumnos, aprendices y voluntarios⁵⁶ (se incluyen aquí también la movilidad "au pair"). Dentro de la tercera categoría se encuentran los residentes de terceros países que residan legalmente el territorio de un Estado miembro de la UE⁵⁷. Y, en cuarto lugar, aparecen los nacionales de terceros países con derecho a la reagrupación familiar, a saber: 1) el previsto para nacionales de terceros países⁵⁸ y 2) los miembros o familiares de un ciudadano comunitario⁵⁹ (el cónyuge; la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro; los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja; cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad y la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada).

están exentos de esa obligación (1), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido; c) estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios; d) no estar inscrito como no admisible en el SIS; e) no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

⁵¹ Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.

⁵² Directiva 2014/36/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros.

⁵³ Directiva 2014/66/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales.

⁵⁴ Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

⁵⁵ Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

⁵⁶ Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.

⁵⁷ Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

⁵⁸ Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

⁵⁹ Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

3. CONFLICTO DE COMPETENCIAS Y CAMBIO DE RUMBO: EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO DERECHO DESMERCANTILIZADO. CAMINANDO HACIA LA UNIVERSALIDAD Y LA “PUBLIFICACIÓN” DE GARANTÍA DE SU CONTENIDO ESENCIAL

En España el legislador le reconoce a la salud -como rama específica del sistema de Seguridad Social- el carácter de derecho social prestacional, aunque circunscrito al sistema debilitado de garantías que prevé el artículo 53 CE⁶⁰. Ello no implica que los poderes públicos desatiendan el ejercicio de este derecho hasta el punto de rebajarlo a la categoría de derecho mercantilizado, sino que como bien jurídico digno que es será objeto de tutela por el ordenamiento tanto desde una perspectiva individual (derecho a la protección de la salud), como colectiva (protección de la salud pública). Se pretende, por ende, colocar al individuo necesitado de asistencia sanitaria en una posición estatutaria de grado suficiente de inmunidad que respete su posición de poder jurídico en las relaciones de mercado y proteja sus derechos fundamentales a la dignidad, vida e intimidad. Por lo demás, en una interpretación sistemática del texto constitucional, la cláusula de reenvío a la normativa internacional de carácter fundamental regulador de la materia se materializa en el artículo 10.2 CE que permite *incorporar el estándar mundial y europeo conseguido como delimitado del alcance específico del derecho a la Salud y a la asistencia sanitaria en particular*. Ciertamente, los "derechos fundamentales sociales" son verdaderos derechos en sentido jurídico⁶¹.

Haciendo un breve repaso legislativo se observa que el derecho a la salud, desde el año 2000, se ha consolidado en España para los inmigrantes irregulares únicamente en los casos de urgencia. Sin embargo, a partir del año 2009 su ámbito de aplicación se fue extendiendo también a los casos de atención primaria y especializada, pero siempre a condición de que los inmigrantes irregulares estuviesen empadronados. En efecto, todos los extranjeros empadronados en España, con independencia de su situación administrativa, gozaban del derecho a la asistencia sanitaria "en las mismas condiciones que los españoles", de conformidad con el art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIs).

Un importante cambio de rumbo se produce tras la entrada en vigor del RD-ley 16/2012, de 20 de abril: una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud. Son varias las modificaciones legislativas que este arrollador Real Decreto introduce en el sistema jurídico, lo que llega hasta el punto de denegar a los extranjeros en situación irregular

⁶⁰ ORTEGA LOZANO, P.G: "La responsabilidad patrimonial de la administración por una deficiente asistencia sanitaria", en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, págs. 847 y ss.

⁶¹ MONEREO PÉREZ, J.L: "¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación"...op.cit.

administrativa en España el derecho al acceso a la asistencia sanitaria, en igualdad de condiciones a los españoles y con cargo a los fondos públicos⁶².

La misma Exposición de Motivos del Real Decreto del año 2012 se refiere a este hecho y aclara que, con esta reforma, lo que se pretende es "afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo". Ciertamente, fue una reforma que al titular del derecho a la protección de la salud le afectó enormemente. Y es que no cabe duda de que con ella quedaron afectados los pilares básicos que sostienen al sistema sanitario en lo que a derechos y obligaciones se refieren, en particular: la cobertura, el gasto, las prestaciones y los resultados. Se justifica esta reversión y desnaturalización del derecho a la asistencia sanitaria en base a una serie de situaciones que tienen que ver con la asistencia sanitaria prestada a ciudadanos comunitarios y provenientes de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁶³. En efecto, aunque no se refiere a este razonamiento de manera directa el Real Decreto-Ley de 2012, lo cierto es que cabe deducirlo de las referencias normativas que se realizan a un dictamen motivado de la Comisión Europea⁶⁴ sobre la emisión de la tarjeta sanitaria europea. Y, de igual modo, tiene mucho que ver el contenido del informe del Tribunal de Cuentas en el que se justifican las medidas adoptadas⁶⁵.

Efectivamente y en base a un criterio de racionalidad económica, el Real Decreto-Ley 16/2012 introduce en la regulación del Sistema Nacional de Salud (SNS) la figura del "asegurado", de manera que la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos se garantizará únicamente a las personas que ostenten tal condición (art. 3 de la Ley

⁶² Se modifica el artículo 3 de la Ley 16/ 2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (artículo 1 del RD-ley 16/2012) y, de igual modo, el art. 12 de la LOEXIs (en concreto, la Disposición Final tercera RD-ley 16/2012).

⁶³ "Se intentaría evitar que determinados ciudadanos comunitarios accedieran a la condición de asegurados, lo que de acuerdo con la normativa europea les otorgaría derechos como el acceso a la tarjeta sanitaria europea o el derecho al reembolso de las prestaciones de asistencia sanitaria disfrutadas en otros estados de la UE. Tal objetivo se alcanzaría mediante la denegación de la condición de asegurado a cualquier persona no autorizada a residir en España (caso de nacionales de terceros Estados) o registrada como residente (caso de ciudadanos de Estados Miembro de la UE y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo). Así, la situación en que quedan los nacionales de terceros Estados afectados por la medida aparece como una especie de "efecto colateral" de la misma, que poco tiene que ver con sus objetivos declarados, si atendemos a las justificaciones proporcionadas por los responsables de su puesta en marcha". Ver SANGÜESA RUIZ, N: "El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012", *Revista REDUR*, nº 13, 2015, pág 236.

⁶⁴ Dictamen motivado de la Comisión Europea 2009/2341 dirigido al Reino de España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas comunidades autónomas.

⁶⁵ Se trata, en concreto, del Informe de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social aprobado por el pleno del Tribunal de Cuentas el 29 de marzo de 2012 (Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social, publicada en el BOE núm. 72, lunes 25 de marzo de 2013).

16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, según queda redactada por el RD-ley 16/2012)⁶⁶. Por lo que, de una manera descarada y desproporcionada, mediante la figura del Real Decreto el legislador priva a los extranjeros en situación irregular (ya que no ostentan la condición de asegurados) del acceso al derecho de asistencia sanitaria en España⁶⁷.

No obstante a lo anterior, la norma exceptuó a un grupo de extranjeros (no autorizados, ni residentes) de esta consideración al entender que se tratan de supuestos especiales. En particular, podrían acceder a "determinadas modalidades" de asistencia sanitaria: asistencia al embarazo, parto y posparto; urgencia por enfermedad grave o accidentes. Aparte, se dice que todos los extranjeros menores de 18 años recibirían asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (artículo 3 ter de la Ley 16/2003, en su redacción dada por el RD-ley 16/2012).

Esta exclusión fue duramente criticada por la doctrina, llegando así a calificarla de "abandono" e incluso de una "conquista social" y por ende, de un retroceso en la universalidad del sistema sanitario", puesto que se les priva de cualquier tipo de protección a su derecho a la salud mediante la preceptiva condición de asegurado o beneficiario impuesta por la reforma⁶⁸. De modo que se sustituye así, la condición de empadronado que se exigía antes a los inmigrantes en situación irregular para el acceso al SNS. A este respecto, el Tribunal Constitucional recuerda en su sentencia 97/1990, de 24 de mayo, dos importantes teorías a tener en cuenta, a saber: "Por un lado, si se contempla el derecho a la salud como un derecho únicamente de carácter prestacional no procedería aplicar la teoría de la "irreversibilidad" de las conquistas sociales, es decir, no se tendría que volver a aquella situación en la cual se establecía un sistema asistencia sanitaria universal a todos aquellos colectivos que se encontrasen en una situación irregular en España. Por otro lado, si tenemos en cuenta el derecho a la salud como un derecho conectado con otros derechos fundamentales podría admitirse un cierto grado de "irreversibilidad", dando origen a la justificación por el legislador de todas las medidas limitadoras del derecho configurado legalmente con la finalidad de evitar restricciones desproporcionadas de las conquistas sociales".

Entiende una buena parte de la doctrina científica que con esta medida se está vulnerando el derecho a la vida y ello por no mencionar los posibles problemas que sobre la salud pública esta importante limitación puede acarrear en la práctica. Aparte cabe decir que la figura del Real Decreto Ley no es quizás la más adecuada para la regulación de un tema

⁶⁶ El Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (RD 1192/2012) desarrolló reglamentariamente estas previsiones.

⁶⁷ SANGÜESA RUIZ, N: "El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012", *Revista REDUR*, nº 13, 2015, págs. 233 y 234.

⁶⁸ ARZOLA ASTACIO, H. L: "Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros"...op.cit., pág. 128.

de gran relevancia constitucional y social como es la presente. Y es que, sin lugar a dudas, no concurren los presupuestos habilitantes de "extraordinaria y urgente necesidad" para que, en base a una finalidad económica, se elimine la protección a la salud universal de toda persona haciendo así prevalecer la condición de asegurado por encima del respeto a los derechos fundamentales a la vida, dignidad e integridad física. Pero siendo ello cierto, conviene matizar atenuando esta crítica, que no se debe desconocer que las exclusiones operadas en la legislación precedente de la asistencia sanitaria a varios colectivos de personas suponían un intolerable desconocimiento fragante y de máxima gravedad de que estamos ante un derecho social fundamental de toda persona.

Esta reforma fue objeto de una considerable problemática debido principalmente a su fundamentación económica y excluyente. De ahí que las Comunidades Autónomas fueran adoptando posturas muy diferentes al respecto⁶⁹. Así por ejemplo, en algunas de ellas el reconocimiento de la asistencia sanitaria fue total al considerar que, con este Real Decreto, se estaba vulneración el derecho a la vida de los extranjeros en situación irregular. Ciertamente se trata éste de un colectivo muy vulnerable y que, ante momentos de recesión económica, precisa de una mayor protección para así no vulnerar sus derechos humanos fundamentales. De este modo, se han llevado a cabo actuaciones a nivel administrativo con el objeto de proporcionar, a todas o algunas de estas personas, atención sanitaria no incluida en el Real Decreto-Ley del año 2012 (a saber: las CCAA de Andalucía, Asturias, Cataluña y País Vasco)⁷⁰. Por su parte, en otras Comunidades Autónomas se fueron desarrollaron mecanismos legislativos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares (es el caso de las CCAA de Castilla y León y Comunidad Valenciana⁷¹). Finalmente, hubo algunas CCAA que, por el contrario, aplicaron estrictamente las previsiones recogidas en este Real Decreto-Ley, excluyendo así a los inmigrantes en situación irregular del derecho a la asistencia sanitaria (se encuentran incluidos en este grupo: Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Islas Baleares, Extremadura, Aragón o Murcia)⁷².

3.1. Conflicto de competencias entre Estado y CCAA: un alto en el camino. Paradojas y breve alusión a los pronunciamientos del TC de 134/2017 y 145/2017

⁶⁹ GUINDO MORALES, S: "El Derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares"...op.cit., págs. 232 y 233.

⁷⁰ Dichas CCAA atribuyen a los inmigrantes irregulares el acceso a las prestaciones sanitarias del servicio de salud autonómico en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. No obstante, las mismas exigían previamente que el inmigrante cumpliera determinados requisitos: carecer de otro sistema de cobertura sanitaria, el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma que difiere de unas Comunidades a otras y no superar una cuantía de ingresos determinada.

⁷¹ Se reconoce, por tanto, la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. Ahora bien, se establece la obligación de facturar los servicios prestados.

⁷² DELGADO DEL RINCÓN, L.E: "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril", *Revista REDP*, núm 163, 2014, págs. 220 y ss.

De conformidad con el reparto de competencias que establece la CE, al Estado le corresponde la función de regular la situación jurídico-administrativa de los extranjeros en España (artículo 149.1.2 CE). Dicho en otras palabras, será el Estado quien de acuerdo con lo que dispone la LOEXIs y la Ley General de la Seguridad Social delimite que sujetos tienen derecho y quienes no a la asistencia sanitaria. Por todo ello, el legislador ha limitado el acceso a este derecho humano universal a la condición de asegurado y, en su defecto, a la situación legal y administrativa de los extranjeros.

De acuerdo con la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 149.1.16 y 17 CE, le corresponde al Estado fijar las bases y la coordinación general de la sanidad, así como el régimen económico de la Seguridad Social. Sin embargo, al tratarse de una competencia compartida entre Estado y CCAA, podrán éstas desarrollar y ejecutar las condiciones básicas dispuestas por el Estado. Haciendo gala de este título de reparto competencial, las Comunidades Autónomas han ido asumiendo paulatinamente competencias en materia de sanidad, lo que al tiempo ha determinado el surgimiento de un sistema público sanitario poco uniforme en todo el territorio nacional y para los mismos sujetos beneficiarios⁷³. Además, cabe precisar que el Estado -a través de la Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud- ya ha establecido una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud la cual se integra por una serie de derechos sanitarios mínimos para todos aquellos que sean nacionales y extranjeros residentes, siempre y cuando tengan la condición de asegurado. Ello no constituye óbice para que, en lo que respecta a su ámbito propio, las Comunidades Autónomas pueden llevar a cabo la implantación de otro tipo de prestaciones mediante la creación de una cartera de servicios complementaria para todos aquellos que tengan la condición de asegurado o beneficiario, de modo que podrán éstas facilitar el acceso a los extranjeros irregulares en determinados supuestos y con el cumplimiento de ciertas condiciones, a personas de que no ostentaran la condición de asegurado⁷⁴. De ahí se explica ese panorama tan disperso y conflictivo que se crea con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

Ahora bien, la cuestión de la asistencia sanitaria se vuelve aún más peliaguda tras la sentencia del Tribunal Constitucional 134/2017, de 16 de noviembre de 2017 en el conflicto positivo de competencia núm. 4540-2012, interpuesto por el Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra los artículos 1, 2 (apartados segundo y tercero), 3, 4, 5, 6 (apartados primero y segundo), 7 (apartados segundo y tercero) y 8

⁷³ MALDONADO MOLINA, J.A: "Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria", en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007, págs. 99 y siguientes.

⁷⁴ ARZOLA ASTACIO, H. L: "Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros"...op.cit., págs. 112, 113 y 114.

(apartados primero y segundo) y la Disposición Final primera del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Sorprende el retroceso y desnaturalización que del derecho al acceso a la asistencia sanitaria para los inmigrantes irregulares se produce tras esta sentencia⁷⁵. Y es que el Alto Tribunal nacional falla a favor del Estado al declinarse por estimar parcialmente el conflicto positivo de competencias interpuesto por el gobierno contra el Decreto núm. 114/2012 de 26 de junio "sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi", en cual se incluía dentro de su ámbito de protección (artículo 1 y demás preceptos relacionados con el mismo) a "aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo"⁷⁶.

Afirma el Tribunal Constitucional, tras un exhaustivo estudio al título competencial que otorga la Carta Magna en el artículo 149.1 apartado 16 y 17 de la CE⁷⁷, que "... el artículo 149.1.16 CE prevalece sobre el referido a la materia de Seguridad Social previsto en el artículo 149.1.17 CE"⁷⁸. Recuerda que el hecho de que "el Real Decreto-ley 16/2012 se haya decantado por configurar un régimen de acceso a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, basado en el principio del aseguramiento no determina que la materia haya de encuadrarse en el título competencial de Seguridad Social". De igual modo, la doctrina del Tribunal Constitucional viene declarando que "... a pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (artículo 149.1.17 CE)"⁷⁹.

Es la primera vez que el Tribunal Constitucional resuelve de manera directa la cuestión competencial relativa al ámbito subjetivo del Sistema de Salud, pues hasta el momento la

⁷⁵ Cabe citar, a este respecto, la [sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/2016 de 21 de julio de 2016](#), por su estrecha relación en cuanto a los fundamentos jurídicos constitucionales que se utilizan en la STC de 16 de Noviembre de 2017.

⁷⁶ Esta sentencia cuenta con el voto particular emitido por los magistrados: Fernando Valdés, Juan Antonio Xiol, Cándido Conde-Pumpido, María Luisa Balaguer y Antonio Narváez.

⁷⁷ Cabe citar el estudio exhaustivo que, a este tema, realiza el profesor DURBÁN MARTÍN, I: "La (dudosa) inconstitucionalidad de la sanidad universal valenciana", en su blog: <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5185>

⁷⁸ En el mismo sentido se pronuncia el TC en la sentencia 140/2017, de 30 de noviembre de 2017, de la que fue ponente el magistrado Alfredo Montoya, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley Foral 18/2012, de 19 de octubre, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra (publicada en el suplemento del BOE del 8 de enero).

⁷⁹ Véase las Sentencias del TC 98/2004, de 25 de mayo; 136/2012, de 19 de junio y la 64/2017, de 25 de mayo.

doctrina constitucional sólo venía desarrollado la concepción de las bases como un mínimo común uniforme aunque mejorable por las Comunidades Autónomas⁸⁰. Sin embargo, el Constitucional no se había pronunciado en cuanto al ámbito subjetivo de quienes podían ser asegurados o beneficiarios. A este respecto, cabe tener presente lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 3 es modificado por el RDL del año 2012.

Antes de la reforma del año 2012 se decía que eran titulares de los derechos a la protección de la salud y la asistencia sanitaria "a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000. b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación. c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos". Sin embargo, el panorama se complica tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012, ya que ahora se exige que el inmigrante esté en algunas de las siguientes situaciones: afiliado a la Seguridad Social, sea pensionista, perceptor de prestaciones por desempleo o se encuentre inscrito como demandante de empleo, ser familiar de estas personas en los términos del apartado 4, carecer de recursos económicos si no se encuentran en ninguno de los supuestos anteriores o, finalmente, suscribir un convenio especial con la Seguridad Social. La relevancia del cambio se encuentra, más concretamente, en la incorporación a la Ley 16/2003 de un nuevo número 3 ter a la mencionada disposición 3 que se refiere de forma clara y explícita a los extranjeros "no registrados ni autorizados como residentes en España", a los que sólo se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria cuando se trate "de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación del alta médica", y también "de asistencia al embarazo, parto y postparto", salvo que se trate de menores de 18 años y en cuyo caso "recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles". En otras palabras, el empadronamiento del extranjero irregular no dará derecho a recibir asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que el resto de personas, autóctonas o extranjeras residentes, ya que exige además de residir en nuestro país que los extranjeros coticen a la Seguridad Social y paguen impuestos para así tener derecho a la tarjeta sanitaria.

⁸⁰ La "*ratio decidendi*" de los tres votos particulares a esta sentencia gira en torno al amplio título competencial que interpreta el TC a favor de la legislación básica estatal. A este respecto, los magistrados discrepantes expresan su profundo desacuerdo con la tesis mayoritaria y, de hecho, la comparan con "un muro rígido e infranqueable" que restringe toda capacidad a las Comunidades Autónomas para establecer una normativa propia al respecto. En efecto, critican los tres magistrados que semejante línea interpretativa asentada por el TC equivale a otorgar al Estado la competencia exclusiva en materia de sanidad, lo cual, como resulta obvio, desvirtúa por completo el régimen de distribución competencial previsto en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía.

Entiendo el Tribunal Constitucional que el artículo 3 de la Ley 16/2003, en la redacción proporcionada por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012, aclara que el eje central sobre el que se asienta el derecho a las prestaciones sanitarias viene delimitado por los conceptos nucleares de asegurado y beneficiario. El Real Decreto-Ley 16/2012 ha diseñado un sistema de bases que, en palabras de la STC 139/2016 "supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud", toda vez que los criterios de delimitación de la titularidad del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias son diferentes a los que se establecía anteriormente⁸¹. Por todo ello, "la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el tantas veces citado art. 3 de la Ley 16/2003, a excepción del supuesto residual de la suscripción del convenio especial previsto en el apartado 5 del citado precepto".

De acuerdo con este criterio doctrinal el artículo 2.2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio contradice la normativa básica estatal, toda vez que mientras que la norma vasca reconoce indefinidamente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, la normativa estatal únicamente lo limita temporalmente hasta el 31 de agosto de 2012, de tal manera que, a partir de esa fecha y conforme a la normativa estatal, tales personas habrían perdido el derecho de acceso a la cobertura sanitaria financiada con fondos públicos. Así pues "conforme al sistema de distribución de competencias anteriormente examinado, el apartado de la norma vasca de referencia resulta, pues, contrario a la normativa básica estatal, que sólo reconoció a estas personas el derecho a la prestación sanitaria durante un período de tiempo muy limitado y no de modo indefinido, resultando, en consecuencia, ambas regulaciones incompatibles, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad y nulidad". De igual modo, también contradice la normativa estatal el apartado 3 del artículo 2 del Decreto 114/2012 en cuanto que "... el establecimiento en la normativa autonómica de un derecho de acceso a las prestaciones sanitarias en las mismas condiciones que los beneficiarios y asegurados supone desconocer la previsión estatal referida, que exige para que se pueda dar tal acceso la existencia de una contraprestación o pago de una cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Se constata así que existe una efectiva e insalvable contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica que determina que deba estimarse el conflicto en este punto y declararse, también, la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 3 del artículo 2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio".

⁸¹ MONEREO PÉREZ, J.L Y ORTEGA LOZANO, P.G: "La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico"...op.cit., pág. 37.

En esta misma línea vuelve nuevamente a pronunciarse el Tribunal Constitucional en su sentencia 145/2017, de 14 de Diciembre⁸². En ese caso, el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por el Presidente del Gobierno con motivo del Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat de Valencia, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana. Según el citado Decreto-Ley podrán ser beneficiarias del derecho a la asistencia sanitaria las personas que, no teniendo la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud (de acuerdo, con lo dispuesto en los arts. 2 y 3 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto) reúnan los siguientes requisitos: ". tener la condición de extranjero, mayor de edad, no registrado ni autorizado a residir en España; acreditar que se está empadronado con residencia efectiva en algún municipio de la Comunidad Valenciana un mínimo de tres meses; no tener reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud, ni tener posibilidad de acceso a cobertura sanitaria pública por cualquier otro título y no poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde el país de origen o procedencia; no poder acceder a cobertura sanitaria en el Sistema Nacional de Salud al amparo de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales existentes en materia de asistencia sanitaria; y, acreditar, mediante el informe social correspondiente, la imposibilidad de suscripción del convenio especial a que se refiere el Decreto 190/2013, de 20 de diciembre, del Consell. Las personas que accedan al sistema valenciano de salud en las condiciones establecidas en este Decreto-ley tienen acceso a la cartera común básica de servicios, en las mismas condiciones de igualdad efectiva y calidad que el resto de usuarios del Sistema Nacional de Salud" (Artículo 6 , de 24 de julio, del Consell de la Generalitat de Valencia).

El Decreto-Ley 3/2015 de la Comunidad Autónoma Valencia extiende y mejora el acceso a las prestaciones sanitarias de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, pero que residan efectivamente en la Comunidad Valenciana, aún cuando no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y no puedan exportar el derecho a cobertura sanitaria en el Sistema Nacional de Salud desde sus países de origen, ni exista un tercero obligado a pago. Claramente, esta norma otorga una ampliación de la cobertura sanitaria en el ámbito subjetivo de las prestaciones no contemplada por la normativa estatal, al incluir entre los sujetos que tienen la condición de asegurados a los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, pero no a los que no están registrados ni autorizados como residentes en España. Por todo ello, al no atender al criterio de lo básico establecido en la

⁸² Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del Decreto-Ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (Sentencia del TC 134/2017).

norma estatal, el Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015 es declarado, finalmente, por el Tribunal Constitucional como contrario a la Carta Magna al entender que vulnera el artículo 149.1.16 de la CE.

En ambas sentencias cabe lamentar el hecho de que el Tribunal Constitucional haya olvidado aquella doctrina que ya había asumido en su Auto 239/2012, en donde afirmaba que "el derecho a la salud y la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad no podía verse desvirtuado por un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado"⁸³. Esta evidente desnaturalización del derecho a la asistencia sanitaria que se ha asentado por el Constitucional hace tambalear peligrosamente las bases mismas que propugna la Norma Madre, en concreto, el principio de seguridad jurídica y, de otro lado, el derecho a una cuestión social. Arrastrando con ello el respeto a los derechos humanos y fundamentales de toda persona, lo cual coloca al colectivo de inmigrantes irregulares en una situación de absoluta vulnerabilidad. En definitiva, se ha experimentado en esta materia un grave retroceso que quiebra la consecución de una efectiva ciudadanía inclusiva.

3.2. Avanzando hacia la "universalidad" del Derecho a la asistencia sanitaria: puntos críticos de una reforma inacabada

La entrada en vigor del Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, ha supuesto un cambio radical en la nación española, al menos en lo que se refiere al derecho a la asistencia sanitaria prestada a través del Sistema Nacional de Salud para los inmigrantes en situación irregular administrativa. En efecto, tal y como recuerda la misma Exposición de Motivos de este Real Decreto-Ley, anteriormente (con el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril) el derecho a la asistencia sanitaria parecía salirse del ámbito de la Seguridad Social cuando en realidad no era así. Aparte, vinculaba el acceso al sistema a la tenencia de algún título con el sistema de la Seguridad Social y solo ante la ausencia de dicho título es entonces cuando entraba en juego el principio de residencia legal, que determinaba así el acceso a este derecho humano universal a la asistencia sanitaria. Sin embargo ahora el derecho a la salud se configura como un derecho de ciudadanía, de carácter universal y no solamente ligado a la residencia, por lo que se extiende también el derecho (si bien con alguna limitación) a las personas que se encuentren irregularmente en España, cuyo acceso había quedado vetado tras la entrada en vigor del Real Decreto 1192/2012⁸⁴.

⁸³ Esta sentencia cuenta con los votos particulares discrepantes de tres magistrados: Fernando Valdés, Adela Asua y Juan Antonio Xiol.

⁸⁴ Indica la Exposición de Motivos lo siguiente: "Los antecedentes normativos existentes en nuestro país en reiteradas ocasiones han aludido a la universalidad de la atención sanitaria. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que regula todas las acciones que permiten hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución Española, establece los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud, como son el carácter público y la universalidad del sistema. Asimismo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión

Gracias a esta importante reforma legislativa sobre la asistencia sanitaria se derogan tácita y expresamente algunos de los apartados del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de persona asegurada y beneficiaria a efectos de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. En particular se rectifican los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 1192/2012. Y, de igual modo, se modifican dos normas con rango legal, de un lado, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en lo que respecta al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria y, de otro, el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, en cuanto a la aportación farmacéutica.

En lo que se refiere a quienes pueden acceder a la asistencia sanitaria el artículo 3 de la Ley 16/2003 establece que podrán acceder: "a) Todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español. b) Las personas con derecho a la asistencia sanitaria en España en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que comprendan la prestación de asistencia sanitaria. En estos casos, los interesados tienen acceso a la misma, siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas". Si bien se aclara que, en el caso de que estas personas afectadas por dichos acuerdos, cuando no tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos podrán éstas obtener dicha prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (Artículo 3.3 de la Ley 16/2003). A la disposición 3.2 se adiciona ahora un nuevo apartado b) y c) que se dirige a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español. De este modo, el Real Decreto de 2018 extiende el derecho a la asistencia sanitaria a este colectivo tan vulnerable, al tiempo que revierte la situación generada en 2012 y que limitaba la asistencia sanitaria pública a los supuestos de emergencia, embarazo, parto y puerperio o para los menores de edad. De este modo se equipara residencia legal de los extranjeros con la estancia en España.

y calidad del Sistema Nacional de Salud, antes de su modificación en el año 2012, establecía, entre sus principios generales, el aseguramiento universal y público por parte del Estado y recogía los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria. La reforma que instauró el mencionado Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad del derecho establecida en la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Supuso, de este modo, una involución del esquema legal de cobertura hasta entonces armónico con los principios que, de conformidad con los tratados internacionales, la Constitución Española y la Ley 14/1986, de 25 de abril, deben imperar en las políticas sanitarias, en la actuación de los poderes públicos y la configuración de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud".

Finalmente, en cuanto a la titularidad del derecho a la salud, el Real Decreto 7/2018 no modifica "... el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas..". Para estos, se dice que mantendrán su régimen jurídico específico. Lo cual supone que para estos regímenes perviven aún los sistemas de cobertura, gestión y prestación de servicios independientes y diferenciados de los del SNS. Cabría plantearse, en este punto, si el título de "acceso universal" que otorga el título del Real Decreto 7/2018 es precisamente el más apropiado, pues plantea dudas en cuanto que no parece que haya todavía logrado esa efectiva generalización del derecho a la protección sanitaria que tanto defiende la Ley 14/1986 General de Sanidad (LGS)⁸⁵. Se trata éste de un tema muy peliagudo, pues lo cierto es que estos colectivos no desean perder muchos de los beneficios que sus respectivos regímenes les conceden debido a esa gestión y organización separación respecto del SNS.

Ahora bien, frente a esta nueva apertura del derecho a la asistencia sanitaria el nuevo artículo 3 ter de la Ley 16/2003, prevé que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, precisándose que, a efectos de la participación en el precio de los medicamentos ("copago"), las personas beneficiarias abonarán el 40 % del precio de venta al público. Esta previsión supone una importante limitación, ya que al tratarse de un derecho humano universal lo lógico hubiera sido eliminar el "copago" farmacéutico no sólo para los nacionales, sino también para los inmigrantes - cualquier que sea su situación administrativa en España-. Y es que no tiene lógica, en especial, mantener la previsión de copago en aquellos colectivos más necesitados y vulnerables (a saber: los pensionistas y los extranjeros).

Ahora bien, se dice que para que la citada asistencia sanitaria corra por cuenta de los fondos públicos de las Administraciones competentes en igualdad de condiciones que los nacionales, las personas beneficiarias habrán de acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos (nuevo artículo 3 ter): "a) No tener título de asistencia sanitaria en virtud del derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable. b) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. c) No existir un tercero obligado al pago". Sin embargo, en este apartado, radica una de las principales debilidades de este Real Decreto Ley pues, de una parte, lo lógico para alcanzar esa "universalidad" hubiera sido extender estos requisitos también para los ciudadanos de la UE. En efecto, para que estos puedan obtener la atención del SNS sin cargas económicas deberán cumplir con alguno de estos requisitos: estar trabajando en España, disponer de residencia legal o bien disponer de la tarjeta sanitaria

⁸⁵ La LGS prevé el carácter "universal" del ejercicio del derecho a la protección sanitaria en España.

Europea⁸⁶. Resulta curioso e incomprensible que para los trabajadores temporales o beneficiarios de prestaciones por desempleo se establezca un acceso limitado a las prestaciones sanitarias europeas, quedando así condicionado el disfrute de este derecho a la duración y solicitud de estancia. Resulta necesario extender urgentemente el derecho al acceso a la asistencia sanitaria a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad y sin ningún tipo de limitación por razones administrativas, económicas, de duración de la estancia, empleo o nacionalidad. De otra parte, entiendo que lo prudente hubiese sido igualmente establecer un sistema armonizado de asistencia sanitaria común a todos los Estados Miembros, de modo que se establezca un trato igualitario para todas las personas. Desgraciadamente, la observación de las regulaciones de la protección sanitaria otorgada a los inmigrantes en situación irregular por diferentes países europeos confirma que en ninguno de ellos se da una igualación completa de los derechos de éstos en comparativa con la de los ciudadanos del país correspondiente. Estas limitaciones que se hacen asimismo extensibles a los mismos ciudadanos europeos. Ello es así porque aún se mantienen grandes márgenes de variación entre los niveles y plazos de protección ofrecidos a los primeros en el territorio de cada uno de los países comunitarios, al tiempo que se establecen diferencias en cuanto a la forma de organizarlos.

Respecto a la figura del "tercero obligado al pago" la misma Exposición de Motivos ya indica que esta posibilidad se establece, únicamente, como criterio para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. Esta salvaguarda queda establecida de una doble forma: 1) Se establece expresamente como requisito para tener derecho a la asistencia con cargo a los fondos públicos de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España el no existir un tercero obligado al pago (artículo 3.2 b) Ley 16/2003) y 2) reconocimiento de la asistencia sanitaria será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago (artículo 3 ter 2.c) Ley 16/2003). Se trata ésta de una figura que permite a las Administraciones reclamar el gasto de la prestación sanitaria a aquellos terceros que o bien puedan ser responsables civiles y/o penales de dicho gasto, de forma que se asegura el riesgo, o no tengan cubierta la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. En efecto, el artículo 83 de la LGS reconoce el derecho de las Administraciones Públicas para reclamar los costes de la asistencia sanitaria prestada cuando aparezca un tercero obligado al pago⁸⁷. Por su parte, el artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de

⁸⁶ Los países en los que se puede utilizar la tarjeta sanitaria europea son los siguientes: Alemania, Austria, Hungría, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Noruega, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Liechtenstein, Suecia y Suiza, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Dinamarca, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido (a pesar del Brexit continua en funcionamiento), República Checa, Rumania.

Para poder solicitar la tarjeta sanitaria europea el ciudadano europeo deberá cumplir alguno de estos requisitos: 1) Estar en posesión de la ciudadanía o ser residente legal en alguno de los países miembros de la UE; 2) Disponer del servicio de sanidad pública en el país en el que se pretende dar uso a la Tarjeta Sanitaria Europea y 3) Disponer de DNI o tarjeta de residencia en vigor.

⁸⁷ "Los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la

septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización indica que: "... los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX"⁸⁸.

La única limitación que se establece, en los casos de asistencia sanitaria en favor de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, consiste en la ausencia del derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos, es decir, que no existirá en relación con las mismas el derecho a la "exportación" del derecho a la asistencia sanitaria, en sus desplazamientos al territorio de otro Estado, aunque este último esté ligado con España en virtud de la normativa comunitaria de Seguridad Social o de convenios bilaterales.

Para el reconocimiento del derecho a la salud a los inmigrantes irregulares, el artículo 3 bis (modificado tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 7/2018) establece que la competencia para "... el reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud

condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes. A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados".

⁸⁸ Señala el Anexo IX Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago Conforme a lo previsto en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el artículo 2.7 del presente real decreto y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluido el transporte sanitario, la atención de urgencia, la atención especializada, la atención primaria, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica, las prestaciones con productos dietéticos y la rehabilitación, en los siguientes supuestos: 1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud. 2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito. 3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina. 4. Seguros obligatorios... 6. Ciudadanos extranjeros: a) Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social. b) Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España. 7. Otros obligados al pago. a) Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos en caso de que se haya suscrito contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil que cubra las contingencias derivadas de estas actividades. b) Seguro escolar. c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes".

y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos corresponderá al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social con la colaboración de las entidades y administraciones públicas imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos a los que se refiere el artículo 3.2, en la forma en que se determine reglamentariamente". Precisamente aquí se produce una importante novedad de difícil encaje al concretar que será la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, la competente para dictar actos administrativos de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos. Por lo que una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos por el Estado, éste se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, las cuales facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual. En otras palabras, lo que precepto quiere expresar es que ahora las Comunidades Autónomas -con competencias en materia de sanidad atribuidas- no podrán expedir tarjetas sanitarias en favor de ciudadanos si previamente no se ha reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social⁸⁹. Esta concreción genera una importante dilatación en cuanto al tiempo de espera en el acceso al derecho, que dependerá del reconocimiento o no que haga el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social.

A las esperas del necesario desarrollo reglamentario, resulta muy difícil hoy por hoy articular un sistema dinámico de intercambio de datos y tramitación de tarjetas sanitarias al precisar de autorización expresa del Estado y desvinculada de la Seguridad Social. Y es que, recuérdese que, a nivel nacional, existe un sistema fraccionado de regulación de la asistencia sanitaria en función del estado de autonomías. Ciertamente, se puede cumplir la consecución del objetivo, pero desgraciadamente el sistema arbitrado resulta algo tortuoso. Por todo ello y a esperas de que se materialice el procedimiento, la disposición transitoria segunda establece un régimen transitorio para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos: "En tanto que no entre en vigor el reglamento previsto en el artículo 3 bis.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, se mantendrán los procedimientos vigentes y las bases de datos existentes antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley".

Finalmente, en la Disposición final tercera del Real Decreto-Ley 7/2018, se regulan los conceptos de asegurado y beneficiario a efectos de lo previsto en la normativa internacional y la aportación a la prestación farmacéutica. Ahora bien cabe lamentar la falta de concreción de esta disposición, que tanto favorece la dispersión normativa. Recoge este precepto que se entenderá por asegurado, a efectos de las prestaciones de

⁸⁹ GÓMEZ ZAMORA, L.J: "Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud", *Revista Gabillex*, nº15, 2018, págs. 314 y 315.

asistencia sanitaria, aquellas personas que cumplan con los requisitos que establece el artículo 3.2 de la Ley 16/2003. De igual modo, habrá de tenerse en cuenta las reglas de supresión que recogen las normas reglamentarias (esto es, el Real Decreto 1192/2012) por las cuales se regula la condición de asegurado/beneficiario o de los procedimientos a efectos de su reconocimiento. Asimismo, la normativa ha de tener en cuenta las exigencias de la normativa internacional de Seguridad Social (especialmente, los reglamentos comunitarios de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social), en la que es frecuente que se utilicen tales términos, respecto del derecho a las prestaciones y servicios recogidos en los mismos.

El texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, utiliza el concepto para definir la aportación de los usuarios y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria conforme al artículo 102. En función de ello, y conforme a la disposición adicional única, a los efectos indicados el concepto de asegurado se ha de entender realizado a aquellas personas que se encuentren en alguno de los supuestos indicados en el apartado 1.1, a saber: "a) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español. b) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia. c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía"⁹⁰.

Por su parte, tendrán la condición de beneficiarios de las personas anteriores, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad que acrediten la inscripción oficial correspondiente. Igualmente, se incluyen como beneficiarios a los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%, siempre que cumplan todos los requisitos que a continuación se detallan: "a) Tener su residencia legal y habitual en España, salvo que la misma no sea exigible en virtud de la norma internacional correspondiente, o que se trate de personas que se desplacen temporalmente a España y estén a cargo de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español en situación asimilada a la de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social⁹¹. b) No encontrarse en alguno de los siguientes supuestos de los regímenes de la Seguridad Social: 1º Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado y en situación de alta o asimilada a la de alta. 2º Ostentar la condición de pensionista de dichos regímenes

⁹⁰ Éstos están previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.

⁹¹ Todo ello en los términos de la [Orden de 27 de enero de 1982](#), por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de empresas españolas.

en su modalidad contributiva. 3º Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de dichos regímenes".

4. PROPUESTAS DE MEJORA Y CONCLUSIONES JURÍDICO-CRÍTICAS

Los incesantes movimientos migratorios de personas en búsqueda de nuevas oportunidades de vida, trabajo o incluso refugio y asilo político, vienen ocupando desde antiguo un lugar primordial entre las cuestiones que más preocupan a la sociedad española, justo a continuación del paro y del terrorismo. Sin ir más lejos, esta materia figura como elemento clave y fundamental en la agenda de la Unión Europea para alcanzar el grado óptimo de desarrollo económico y de cohesión social que tanto necesita el conjunto de estados que lo integran. Por consiguiente y dado el elevado interés que suscita, es de ley convenir que los Estados miembros deben aplicarse trabajando intensamente en este asunto.

La migración es un fenómeno social total y por tanto es de gran complejidad que abarca facetas y actividades muy variadas que implican más destacadamente a: las propias personas migrantes y a sus condiciones administrativas, laborales, culturales y sociales, a la población de acogida, al conjunto de la sociedad, a sus valores, actitudes y comportamientos como ciudadanos de una sociedad democrática... etcétera.

Sin lugar a dudas, las personas migrantes constituyen un sector débil y vulnerable de la población que encuentra especiales dificultades para el ejercicio efectivo de muchos derechos que, según el caso, pueden o no tener reconocidos en base a su situación legal. De ahí que se no sea extraño verlos abocados con cierta frecuencia a posiciones de evidente precariedad y exclusión social. Por esta razón, el fenómeno de las migraciones precisa urgentemente de una respuesta sistemática, estructurada y organizada a medio plazo, que le permita a la sociedad contemporánea afrontar el presente y prever el futuro, pero que además le proporcione un marco global de referencia (tanto a nivel europeo, como internacional general) para una cabal comprensión de la misma. Así pues, se trata de una temática que por afectar a la propia estructura social, a los hábitos de vida, a la expresión cultural y a la convivencia, necesita ser asumido por el conjunto de la población y no sólo por sus Instituciones sociales. En efecto, las migraciones presentan todavía aspectos problemáticos muy heterogéneos en los que a la responsabilidad pública le corresponde tomar parte e implicarse más cercanamente.

Una de los obstáculos más graves que se produce a nivel europeo consiste en la falta de respeto debido hacia los Derechos humanos y libertades fundamentales, pues a pesar de los múltiples instrumentos normativos existentes, lo cierto, es que los principios de libertad de circulación, no discriminación e igualdad no se están respetando. Lo cual determina el surgimiento de una Europa a distintos niveles que se traduce en la atribución de un conjunto de derechos limitados para el acceso de las personas migrantes a las

prestaciones sociales y asistenciales básicas. Son así los extranjeros extracomunitarios tratados a menudo como ciudadanos de segunda clase o subalterna, lo que determina una jerarquización de los derechos de las personas dentro de una misma nación.

Sorprende a nivel europeo la situación de incertidumbre que se ha creado a raíz de la meta política llamada "Brexit" respecto de los trabajadores migrantes comunitarios. Desgraciadamente, el fenómeno del Brexit ya está afectando al país que más directamente venía ofreciendo mano de obra en toda la Unión, esto es, España. Y es que, para muchos españoles (aunque también nacionales de otros Estados europeos), Inglaterra ha sido vista como la "tierra prometida" para escapar de la situación de crisis económica, buscar empleo o estudiar inglés. Se plantean ahora muchos sujetos comunitarios el interrogante relativo a qué pasará con las cotizaciones sociales efectuadas en el Reino Unido. La respuesta a esta pregunta se encuentra todavía en el aire, pues todo dependerá de los acuerdos o convenios que en materia de Seguridad Social suscriban los distintos gobiernos con el Reino Unido o, al menos, la UE con el país británico. Sin embargo, una de las cuestiones que más dudas y controversias ha planteado es la relativa a la asistencia sanitaria. En efecto, el que se dificulte el acceso a la atención sanitaria o se acorte sólo a situaciones de urgencia, atenta gravemente contra un derecho fundamental social de carácter primario que se eleva ya a nivel universal (y el cual queda vinculado al derecho a la vida y a la dignidad)⁹². Por lo tanto, ¿dónde queda el sistema de protección de todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad?

Recuérdese que en torno al tema de la asistencia sanitaria transfronteriza ya se habían planteado ciertas dudas de legitimidad, pues de conformidad con lo que establece la Directiva Comunitaria (sobre Asistencia Sanitaria Transfronteriza en la Unión Europea) resulta alarmante -entre otras cuestiones- que únicamente puedan acceder a esta posibilidad prestacional aquellos pacientes con recursos económicos suficientes como para adelantar los costes del tratamiento bajo unas determinadas condiciones⁹³ y, en el

⁹² MONEREO PÉREZ, J.L.: "La salud como derecho humano fundamental"op.cit., págs. 1-15 en su versión digital. Del mismo autor, "[La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria \(I y II\)](#)" ...op.cit., págs. 69-94, y 59-86, respectivamente. LÓPEZ INSUA, B.M.: "Asistencia sanitaria transfronteriza: puntos críticos", VV.AA., *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, págs. 820-824.

⁹³ Cuando el reembolso de gastos sea debido a una urgencia, los tribunales españoles ya han declarado que: "... se podría autorizar a un ciudadano español para obtener el tratamiento deseado en otro Estado miembro de la UE a cargo del servicio público español -reembolso- siempre que estuviese incluido dentro de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud y no fuese posible obtener un grado de eficacia idónea que permita al paciente recuperar su salud en tiempo útil, mientras que esa misma situación no encontraría amparo dentro del territorio nacional" (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 4 de noviembre de 2009).

Ahora bien, si la urgencia es derivada de una situación vital el art. 26 del Reglamento 987/2009 precisa que "en caso de que una persona asegurada que no reside en el Estado miembro competente necesite una asistencia urgente y de carácter vital, no podrá denegarse la autorización". De este modo, el Estado al que el interesado acuda deberá proporcionarle la adecuada atención sanitaria conforme a sus propias normas,

caso de algunos tratamientos, bajo un requisito de autorización previa. Ciertamente, como ya venía indicando la doctrina científica, así como la Comisión Europea (informe emitido a fecha de 2 de abril de 2018)⁹⁴, ello está generando un efecto disuasivo respecto de aquellos ciudadanos con menos recursos económicos, lo cual atenta gravemente contra el derecho a la libre circulación de personas en la UE y, por ende, el concepto de ciudadanía comunitaria e igualdad de trato entre trabajadores y ciudadanos comunitarios⁹⁵.

Ahora bien, respecto de las personas inmigrantes en situación irregular la cuestión de la asistencia sanitaria se vuelve aún más conflictiva, pues en la legislación de algunos Estados Miembros se han impuesto ya algunas limitaciones que atentan peligrosamente contra los Derechos Humanos y Fundamentales de toda persona. Sin ir más lejos, en Italia se mantiene desde el año 2009 un conjunto de medidas dirigidas a controlar los flujos migratorios y endurecer las condiciones de los inmigrantes clandestinos, al establecerse que: "... el acceso a las estructuras sanitarias por parte del clandestino no puede generar denuncia alguna a la autoridad, salvo en los casos en que fuera obligatorio el parte médico en las mismas condiciones que un italiano". En otras palabras, se pretende otorgar al médico la facultad de denunciar al extranjero irregular que va a ser atendido, lo que significa que el médico se convierte ahora en un delator. Ello ha generado fuertes críticas por parte sobre todo de las asociaciones profesionales de la medicina e incluso de otros sectores, ya que se pone en riesgo la sanidad pública italiana, puesto que el inmigrante irregular dejará de acudir a los hospitales por miedo a ser denunciado, favoreciendo así la medicina paralela y existiendo el riesgo de que alguno de ellos, teniendo una enfermedad contraída en su país de origen, no solicite asistencia sanitaria con el posible riesgos para la salud pública⁹⁶.

Por supuesto debemos tener en cuenta factores tales como el estado de crisis económica mundial que afecta de manera relevante a la nación italiana, dado que este país lleva ya años sumergido en una crisis propia, lo que agudiza aún más, si cabe, la inestabilidad económica del Estado transalpino. A eso debemos sumarle la alta tasa demográfica de Italia, que es significativamente superior a la de otros países miembros

garantizando en todo caso el principio de igualdad (Ver Sentencia *Keller* de 12 de abril de 2005 -Asunto C-145/03-).

⁹⁴ http://www.medicosypacientes.com/sites/default/files/2018_crossbordercooperation_exe_en.pdf

⁹⁵ El concepto de ciudadanía de la Unión, introducido por el Tratado de Maastricht, añadió una nueva dimensión política a la naturaleza de la integración europea, que hasta entonces había sido fundamentalmente económica. El gran entusiasmo inicial del TJUE en determinar la ciudadanía de la Unión como el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros queda supeditado a las posibles consecuencias de la combinación de los artículos 18, 20 y 21 del TFUE. La ciudadanía de la Unión se ha construido sobre los cimientos ya establecidos por la jurisprudencia del TJUE en materia de la libre circulación de personas. MONEREO PÉREZ, J.L.: "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras" ... op.cit. MONEREO PÉREZ, J.L.: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", op.cit.

⁹⁶ LÓPEZ INSUA, B.M.: "El modelo de regulación de la inmigración en Italia en el contexto de la Unión Europea", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol.3, Nº22 de 2011.

cuya área territorial es ya de por sí mucho mayor. Ello puede constituir una razón de peso para que se pretenda minimizar el número de inmigrantes y es que un flujo masivo poblacional entrante podría desequilibrar el frágil sistema económico que sustenta al país, lo que conllevaría un empobrecimiento de las prestaciones sociales y asistenciales para los propios ciudadanos nacionales. Sin embargo, el camino emprendido a nivel estatal en esta materia marcha a niveles agigantados hacia políticas más restrictivas en la aceptación de inmigrantes, infringiendo de manera flagrante algunos derechos y libertades fundamentales de los mismos establecidos por el colectivo europeo. Algo esencialmente inadmisibles a pesar de los argumentos arriba comentados⁹⁷.

Por su parte, a nivel español se están dando importantes pasos para avanzar hacia la universalidad del derecho a asistencia sanitaria. No obstante todavía queda camino por recorrer pues son todavía muchos los problemas que giran en torno a esta materia. La reforma que ha operado a través del Real Decreto 7/2018 ha supuesto un antes y un después en materia de inmigración, ya que cubre un vacío legal importante que anteriormente había quedado desprovisto de protección. Sin embargo, cabe criticar el panorama algo confuso que ha propiciado respecto de los ciudadanos comunitarios y otros colectivos en situación de especial vulnerabilidad. Incluso, para los mismos inmigrantes irregulares se imponen algunos trámites que dificultan seriamente el acceso a las prestaciones sanitarias en igualdad que los nacionales. Se precisa en esta materia de una normativa más incisiva, valiente, respetuosa y coherente con las distintas situaciones de necesidad, que no pierda el rumbo y proteja a todos los ciudadanos. Siendo la salud un tema nuclear no se comprende como en las distintas naciones europeas y, por ende, en España se permite esa diferenciación y estratificación poblacional en función de los requisitos de nacionalidad, legalidad y/o económicos del sujeto solicitante de cobertura sanitaria. En todo momento la norma ha de garantizar el principio de seguridad jurídica y transparencia, a fin de que se eviten situaciones irreversibles y de salud pública (como, a buen ejemplo, son las que protagoniza el caso italiano). A este respecto, la doctrina científica ya ha arrojado sus opiniones críticas en lo que concierne al tema de la tarjeta sanitaria europea. En este sentido, se considera que al ser la salud un riesgo cubierto por los Reglamentos de coordinación comunitaria, en concreto, el Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social, se entiende que sus titulares podrán disfrutar del derecho a la asistencia sanitaria en cualquier Estado de la UE⁹⁸, pero con las limitaciones que impone las distintas carteras de servicios del país receptor y los restantes problemas habidos y por haber en el mismo (a saber: largas listas de espera, tratamientos médicos disponibles, limitaciones legales... etcétera). Esta previsión, lógicamente y siempre que se les conceda la tarjeta sanitaria europea, se hace igualmente extensible a

⁹⁷ Para un estudio más exhaustivo ver LÓPEZ INSUA, B.M: "El modelo de regulación de la inmigración en Italia en el contexto de la Unión Europea", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol.3, Nº22 de 2011.

⁹⁸ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España"...op.cit., pág.2.

los inmigrantes en situación irregular por aplicación del mismo principio de igualdad de trato⁹⁹.

El riesgo para la democracia social es la fuerte tendencia hacia la consagración de un Estado de seguridad, de control social permanente y selectivo con una multiplicidad de expresiones, a saber: la atribución selectiva de derechos a las personas, imposición del principio de tolerancia cero, invasión de las comunicaciones, encarcelamiento de migrantes sospechosos de terrorismos o inmigrantes ilegales...etcétera. En este sentido, impera todavía una racionalidad mercantilista y economicista del mercado de trabajo que resulta contraria al pleno respeto de los derechos de Seguridad Social y de protección social de migrantes. Lo que al final conduce a un endurecimiento de las políticas migratorias- en general- que son de aplicación en el ámbito de la UE y en el ordenamiento de cada uno de los Estados que conforman el colectivo comunitario, pues la idea simplista de que la razón base del problema de los refugiados se encuentra en el país de origen (y, por consiguiente, en la falta de desarrollo de la misma o en la alteración del orden social como consecuencia de la guerra o actos de terrorismo) no hace más que rondar, incansable, por la cabeza del legislador comunitario. Sin embargo, en algunos Estados Miembro como Alemania, se ha optado por promover, para este problema en concreto, una política de puertas abiertas (sometida a ciertos umbrales) a los asilados de Siria, tratando de imponer su particular visión del problema al resto de la Unión Europea. Si bien la corriente general de la UE se ha adherido a las pretensiones germanas, algunos países como Hungría se han opuesto taxativamente a permitir una entrada generalizada de estos migrantes forzosos, aduciendo pretendidas lagunas de seguridad jurídica en la propuesta y escudándose en su soberanía y en el derecho legítimo a proteger su propia identidad nacional. De ahí que algunas propuestas comunitarias caminen en la senda de subvencionar el retorno voluntario y de expulsión de estas personas. Igualmente, países que han cambiado recientemente de gobierno, como Italia y en menor medida España, han manifestado un claro cambio en su orientación política respecto a este mismo problema. No es nada nuevo la enorme problemática que representan las mafias del norte de África, que sin escrúpulos, convencen y "facilitan" una vía de entrada al sur de Europa a numerosos individuos deseosos de mejorar sus condiciones de vida. Así pues, Grecia o Italia han sido hasta hace poco, y en cierta medida siguen siendo, objetivos prioritarios de llegada de inmigrantes ilegales a través del Mediterráneo. Italia es el ejemplo más significativo de este cambio de rumbo, pues el actual gobierno transalpino, de corte más conservador que su predecesor, ha puesto en marcha una política de no acogida de más

⁹⁹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España"...op.cit., pág.2. Afirma esta autora: " De hecho, entre los motivos que se alegan en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 16/2012 para restringir los derechos sanitarios de los extranjeros en situación irregular se cita expresamente el Dictamen motivado 2009/2341, de la Comisión Europea contra España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas Comunidades Autónomas".

inmigrantes de este tipo, puesto que aseveran sus mandatarios que el país está desbordado y que el resto de la Unión Europea ha hecho oídos sordos a su demanda de reparto igualitario de migrantes. Algo que ha sucedido incluso con el progresista y radical gobierno heleno de Síryza. La postura contraria, aunque sea sólo parcialmente, la ha seguido España a raíz de la moción de censura que sufrió Mariano Rajoy hace unos meses. No obstante, la adopción de estas medidas de acogida de asilados y refugiados por parte del nuevo ejecutivo español ha sido tildada de oportunista e improvisada por parte de la oposición y de aquellos Estados Miembro que, como Hungría e Italia, rechazan las pretensiones teutonas y las directrices de Bruselas.

En definitiva, para alcanzar una plena igualdad y reconocimiento efectivo del derecho a la salud entiendo que debería relacionarse el concepto de migración con el de ciudadanía inclusiva a fin de desvincular la condición de "nacionalidad" del requisito excluyente de la titularidad de los derechos fundamentales. Para ello sería necesario mejorar ordenamiento jurídico comunitario en el sentido de garantizar la plena *efectiva* de este derecho social fundamental a través de normas básicas sustantivas y de políticas socialmente coherentes de tratamiento multidimensional de la inmigración (que van desde la tutela directa de los derechos de las personas migrantes a la resuelta plasmación de una política europea de fomento del desarrollo económico en los países de origen, que permita que las personas tengan la posibilidad de tener una vida digna). El fenómeno de las migraciones, y más concretamente de la inmigración irregular, precisa urgentemente de una respuesta sistemática, estructurada y organizada a medio plazo, que le permita a la sociedad afrontar el presente y prever el futuro, pero que además le proporcione un marco global de referencia para una cabal comprensión de la misma. Se trata ésta de una temática que por afectar a la propia estructura social, a los hábitos de vida, a la expresión cultural y a la convivencia, necesita ser asumido por el conjunto de la población y no sólo por sus instituciones sociales. En efecto, los derechos a los salud y asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares presentan aspectos problemáticos y muy heterogéneos en los que a la responsabilidad pública le corresponde tomar parte e implicarse más cercanamente para así completar las lagunas existentes y fomentar la protección de los Derechos de Seguridad Social de todas estas personas en situación de necesidad.

BIBLIOGRAFÍA

ARZOLA ASTACIO, H. L: "Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros", *Revista Gabilex*, nº11, 2017.

CHARRO BAENA, P: "El derecho a la Seguridad Social de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A, *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio jurídico-técnico y de política del Derecho*, Granada, Comares, 2016.

DELGADO DEL RINCÓN, L.E: "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril", *Revista REDP*, núm 163, 2014.

DURBÁN MARTÍN, I: "La (dudosa) inconstitucionalidad de la sanidad universal valenciana", en su blog: <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5185>

GARCÍA MURCIA, J Y RODRÍGUEZ CARDO, I.A: "Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social a una regulación específica", *Foro-Nueva época*, vol.17, núm.1, 2014.

GÓMEZ ZAMORA, L.J: "Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud", *Revista Gabilex*, nº15, 2018.

GORTÁZAR ROTAECHE, C.J: "Identity, Member States Nationality and EU Citizenship: Restitution of Former European Nationals v. Naturalisation of New European Residents", en *The Reconceptualisation of European Union Citizenship*, Leiden, Brill Nijhoff, 2013.

GUINDO MORALES, S: "El Derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares" en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016.

LÓPEZ INSUA, B.M: " La determinación de las prestaciones por invalidez, vejez y supervivencia en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social" *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. I, Nº 2, 2016. Del mismo autor:

- "Asistencia sanitaria transfronteriza: puntos críticos", VV.AA., *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016.

- "El modelo de regulación de la inmigración en Italia en el contexto de la Unión Europea", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol.3, Nº22 de 2011.

- "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L, TULLIO BARROSO, F Y LAS HERAS, H (Dirs); MALDONADO MOLINA, J.A Y MORENO VIDA, M^a.N (Coords), *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Murcia, Laborum, 2018.

MALDONADO MOLINA, J.A: "Capítulo. 3. La Seguridad Social de los inmigrantes", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L (Dir), RODRÍGUEZ INIESTA, G, MALDONADO MOLINA, J.A

Y DE VAL TENA, L.A (Coord), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo II, Murcia, Laborum, 2017. Del mismo autor:

- "El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnico-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjero", en AA VV, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (Coord.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares, 2010.

- "Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria", en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N. (Dir.): *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L Y ORTEGA LOZANO, P.G: "La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº16, 2018.

MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C.: "Ciudadanía, solidaridad y extranjería: El derecho a la inserción de los inmigrantes" (Artículo 13 de la Constitución), en MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a.N. (Dir.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C, QUESADA SEGURA, R Y MALDONADO MOLINA, J.A: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2018.

MONEREO PÉREZ, J.L: "¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (Aess) celebrado en Madrid en 2016, Murcia, Laborum, 2016. Del mismo autor:

- "La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Nº 5-6, 2010.

- "La salud como derecho humano fundamental", *Relaciones Laborales*, nº9, 2014.

- "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº34, 2013.

- "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 41, 2016.

- "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", *Documentación Laboral*, nº 83, 2008.

- "Protección de la salud", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ (Dir. y Coords.) *et al: La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012. MONEREO PÉREZ, J.L: "Derecho a la salud", en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ (Dir. y Coords.) *et al: El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014.

ORTEGA LOZANO, P.G: "La responsabilidad patrimonial de la administración por una deficiente asistencia sanitaria", en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España", *Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, nº1, 2018. Del mismo autor:

- "Libre circulación en la Unión Europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº10, 2017.

- *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2014.

SANGÜESA RUIZ, N: "El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012", *Revista REDUR*, nº 13, 2015.

SAURA SÚCAR, M: "La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros", *Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº 94 (99), 2001.

SOBOTOVICOVA, S: "El contenido del (in)existente "derecho" a la libre circulación y residencia de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la Unión Europea", VV.AA., UGARTEMENDIA ECEIZABARRERA, J.I (Dir), *La Tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Comunidad Autónoma de Euskadi, Instituto Vasco de Administración Pública, 2016.

TEROL BECERRA, M: "Globalización versus universalización constitucional en el mediterráneo. Propuesta metodológica para un análisis de la diversidad", *Revista de Derecho Político*, nº60, 2004.

TORTUERO PLAZA, J.L: "El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016.

VV.AA., MONEREO ATIENZA, C Y MONEREO PÉREZ, J.L (Dir y Coord)., *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017