

LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Isaac Martín Delgado.

Becario de investigación del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

I.- INTRODUCCIÓN

II.- EL MARCO CONSTITUCIONAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES
 - A) EL ARTÍCULO 13 CE
 - B) DEFINICIÓN DE EXTRANJERO
 - C) DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS
2. ARTÍCULO 43.1 CE: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD
 - A) INTRODUCCIÓN
 - B) DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL

III.- LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD: LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS

1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN FAVOR DE LOS EXTRANJEROS CON ANTERIORIDAD A LA LOEx
 - A) NORMAS INTERNACIONALES
 - B) LA LEY ORGÁNICA 7/85 Y SU REGLAMENTO DE DESARROLLO
 - C) OTRAS NORMAS
 - i) *La Ley General de Sanidad*
 - ii) *La Ley General de la Seguridad Social*
2. LA NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA
 - A) CONSIDERACIONES GENERALES
 - B) EL ARTÍCULO 12 LOEx
 - i) *Concesión del derecho a la asistencia sanitaria*
 - ii) *Extranjeros empadronados*
 - iii) *Menores extranjeros*
 - iv) *Mujeres embarazadas*
 - v) *Resto de extranjeros*
 - C) IMPLICACIONES DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA
 - D) ALGUNAS CUESTIONES SIN RESOLVER
 - i) *Derechos de los extranjeros en relación con la asistencia sanitaria*
 - ii) *Legitimación*

3. NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

IV.- CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFÍA

I.- INTRODUCCIÓN

Son muchas las cuestiones que se suscitan en torno al fenómeno de la inmigración y de la extranjería: socio-lógicas, políticas, jurídicas, etc., como muchos son los conflictos que se derivan del mismo.

La realidad social española ha demostrado que España es un país que, aunque no alcanza las cotas de inmigración que poseen países vecinos como Francia o Alemania, recibe una cantidad importante de inmigrantes que, sin duda ninguna, justifica su tratamiento desde todos estos puntos de vista.

Los periódicos y los informativos radio-televisivos nos informan diariamente de problemas suscitados por este fenómeno: interceptación de pateras abarrotadas de personas provenientes del continente africano, conflictos sociales derivados de la convivencia de extranjeros y nacionales en pequeños pueblos de nuestro País, declaraciones de nuestros políticos y representantes de organismos públicos y organizaciones no gubernamentales en torno a qué debe hacerse y qué no para el mejor tratamiento de estas personas y datos estadísticos en relación al número de inmigrantes legales e ilegales que se encuentran en nuestro país, entre otras cuestiones. En definitiva, estamos ante un fenómeno de moda.

El presente trabajo se va a dedicar a la regulación jurídica de la situación del inmigrante extranjero en nuestro país y, más concretamente, al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, entendida como el conjunto de prestaciones de carácter médico y farmacéutico dispensadas por el Estado, sin detenernos en las condiciones sanitarias de los inmigrantes. Partiremos para ello

¹ En este sentido, puede consultarse el Documento n° 8650 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, emitido el 9 de Febrero de 2000, sobre "Condiciones sanitarias de los inmigrantes y refugiados en Europa". En él queda claro que los principales problemas de salud que afectan a los inmigrantes se centran en enfermedades contagiosas que ya han sido erradicadas en los países europeos, problemas derivados

de unas breves consideraciones constitucionales para, tras el somero análisis de la situación creada a través de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y de su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero, y otras normas específicas relacionadas con la asistencia sanitaria, llegar al estudio del sistema introducido por la nueva Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOEx, en adelante), modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre.

II.- EL MARCO CONSTITUCIONAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como toda norma que pretende un tratamiento básico de la completa estructura de un Estado, la Constitución Española limita la regulación de la situación de los extranjeros en nuestro país a un solo artículo. Ahora bien, son varios los preceptos constitucionales que pueden aplicarse a los mismos, dando lugar a un sistema en virtud del cual los derechos y libertades concedidos a los extranjeros se equiparan, si bien no totalmente, a los reconocidos a los propios nacionales.

En relación con el tema planteado en este trabajo, el derecho a la asistencia sanitaria, son tres los artículos que deben estudiarse: el artículo 13, que regula con carácter general la concesión de derechos a los extranjeros; el artículo 41, relativo al sistema de la Seguridad Social²; y el artículo 43, que es el que trata específicamente el reconocimiento del derecho a la protección de la salud³.

de carencias alimenticias y malas condiciones de vivienda y deficiencias en la salud profesional y mental, por las condiciones precarias de empleo que suelen padecer y por las presiones psicológicas derivadas del abandono de su país y familia y de los problemas de adaptación con que pueden encontrarse en su país de destino, todo ello agravado por las dificultades en algunos casos para acceder a la atención sanitaria.

² El estudio de este artículo se llevará a cabo al hablar de la Ley General de la Seguridad Social.

³ No obstante, podemos encontrar referencias a acciones protectoras de la salud en otros artículos constitucionales, como el artículo 40.2, relativo a la seguridad e higiene en el trabajo; el 45.2, sobre la calidad de vida y el derecho a un medio ambiente adecuado; el 49, respecto de los disminuidos físicos y psíquicos, el 51.1, en relación con los consumidores y usuarios; el 47, garante del derecho a una vivienda digna; el 39.2, sobre la protección integral de madres e hijos; o el propio artículo 15, que consagra el derecho a la vida y a la integridad física y moral (Pedro Pablo MANSILLA IZQUIERDO, en Reforma sanitaria: Fundamentos para un análisis, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986, págs. 82-87; en el mismo sentido, Luciano PAREJO ALFONSO: "Constitución, Sistema Nacional de Salud y sus formas de organización", en La organización de los servicios públicos sanitarios, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 17).

A) EL ARTÍCULO 13 CE

En su primer apartado, este artículo reconoce a los extranjeros "*las libertades públicas que garantiza el presente título* (el Título I de la Constitución) *en los términos que establezcan los tratados y la ley*"⁴.

En este sentido, en una interpretación conjunta de los derechos reconocidos a los extranjeros, el Tribunal Constitucional ha distinguido hasta tres categorías, en función del concreto derecho o libertad considerado. Así, en su Sentencia 107/1984, de 23 de Noviembre, afirma que: "*El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio*" [Fundamento Jurídico 4°].

En definitiva, en función del concreto derecho o libertad, éste estará reconocido o no a los extranjeros y con un alcance mayor o menor. Derechos relativos a la dignidad de la persona (intimidad, integridad física, libertad ideológica o, incluso, asistencia sanitaria humanitaria⁵) estarían dentro del primer grupo y se concederían en condiciones de igualdad a españoles y extranjeros, como de hecho se hace en los principales tratados internacio-

⁴ Es copiosa la doctrina escrita en torno a dicho precepto, así como las cuestiones surgidas respecto de su aplicación. En lo que interesa al objeto de estas líneas, debe destacarse que, a pesar del tenor literal del mismo, se entiende que la Constitución reconoce en favor de los extranjeros tanto las libertades públicas como los derechos subjetivos contemplados en los artículos 11 a 55 (Título I), en la medida en que les sean de aplicación, y en los términos y con los límites marcados en su legislación de desarrollo, tanto nacional como internacional.

Así lo hizo expresamente la Ley reguladora de los derechos de los extranjeros en España, Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, incluyó, como de hecho contempla su propio título, tanto los derechos como las libertades Línea seguida igualmente por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, que deroga la anterior, con el título "Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social".

⁵ Con ello nos referimos al tratamiento mínimo necesario por razones humanitarias: asistencia sanitaria requerida por mujeres embarazadas y menores, básicamente, junto con la asistencia de urgencia en caso de alteración grave de la salud.

nales que regulan esta materia⁶. Los derechos y libertades encuadrados en la segunda categoría se aplicarían, en principio, a los españoles con carácter exclusivo; derechos como el de sufragio (con las excepciones constitucionales), el de igualdad, la libertad de circulación o el derecho de petición están reconocidos expresa y exclusivamente para los españoles. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha extendido el reconocimiento de algunos de ellos a los extranjeros (Sentencia 94/1993, de 22 de Marzo); en lo que aquí interesa, el derecho a la integración en el sistema de Seguridad Social. En la tercera categoría se encontrarían los derechos de configuración legal, especialmente los contemplados en el Capítulo III del Título I de la Constitución (Principios Rectores de la Política Social y Económica), entre los que está el derecho a la protección de la salud⁷.

La principal diferencia entre españoles y extranjeros con respecto al reconocimiento de los derechos y libertades del Título I de la Constitución, radica en el inciso final del artículo 13.1 CE: “*en los términos que establezcan los tratados y la ley*”, lo que hace que todos los derechos atribuidos a los extranjeros deban ser considerados como derechos de configuración legal.

En conclusión, hemos de afirmar, en lo que aquí interesa, que el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros dependerá de lo previsto en los Tratados Internacionales y en las leyes internas reguladoras del mismo.

B) DEFINICIÓN DE EXTRANJERO

La LOEx delimita el concepto de extranjería con el siguiente tenor literal: “*Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*”. Por tanto, definición negativa del término extranjero.

Con la redacción originaria, inmediatamente después de esta definición, el apartado segundo excluía de la aplicación de esta ley “*a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquéllos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario*”, quienes “*se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndo-*

les de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

Sin embargo, con la Ley Orgánica 8/2000 ese segundo apartado ha sido sustituido, disponiendo que “*Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte*”. A pesar de ello, debemos seguir entendiendo que los extranjeros comunitarios están excluidos de la aplicación de esta Ley.

Siguiendo esta interpretación, en el presente estudio se va a excluir el tratamiento del régimen sanitario de que gozan los ciudadanos comunitarios, a los que es de aplicación el Real Decreto 766/1992, de 28 de Junio, modificado por el Real Decreto 737/1995, de 5 de Mayo y el Real Decreto 1710/1997, de 14 de Noviembre y, en la medida en que sean más favorables, las disposiciones de la nueva ley de extranjería. El Real Decreto 864/2001, de 20 de Julio, de ejecución de la LOEx¹⁰, les será de aplicación subsidiaria.

⁹ La desaparición del artículo 1.2 de la Ley 4/2000, siendo sustituido totalmente por otra disposición, tiene su origen en un error parlamentario. Efectivamente, como podemos comprobar en el Informe del Director de las Comisiones de la S.G. del Congreso, emitido el 12 de Febrero de 2001 a instancia del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida y del Diputado, Sr. Laborde Subías, que fueron los que detectaron el mismo, el actual apartado segundo del artículo 1 LOEx, pretendía ser en realidad un nuevo tercer apartado, como había propuesto la Ponencia de la Comisión encargada de la reforma de la LOEx, sin que hubiera ninguna intención de modificar ese segundo apartado. Sin embargo, por error, en el Dictamen de la Comisión se sustituyó el que iba a ser tercer apartado por el segundo, pasando así tanto por el Congreso de los Diputados como por el Senado y llegando a publicarse en el BOE de esa manera. Entre las posibles formas de rectificación del error (corrección de errores, nueva Ley Orgánica o anulación de los trámites efectuados desde la causación del mismo, esto último, lo que solicitaba IU, sin duda, de manera desproporcionada) se ha optado finalmente por mantener la redacción del actualmente vigente apartado segundo del artículo 1, según la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2000, entendiéndose que lo que se preveía inicialmente en él sigue vigente. Las consecuencias jurídicas de esa supresión son prácticamente irrelevantes.

Debemos destacar, sin embargo, que existe actualmente en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley planteada por el Partido Socialista, de reforma de la LOEx., que, entre otras cosas, dispone la adición al artículo 1 de un nuevo apartado tercero con el mismo tenor literal que tenía el segundo apartado de la redacción originaria de la LOEx. (Proposición 122/000113, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie B, nº 127, de 6 de Abril de 2001).

⁶ Debe recordarse aquí que estos Tratados, en virtud del artículo 10.2 CE, serán baremos de interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.

⁷ Esta clasificación de derechos ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia 95/2000, de 10 de Abril [Fundamento Jurídico 3°].

⁸ Redacción introducida con la modificación efectuada por la Ley Orgánica 8/2000. La derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, empleaba unos términos prácticamente idénticos.

¹⁰ Este Real Decreto deroga el anterior, Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero, de desarrollo de la Ley Orgánica 7/1985; a pesar de la derogación de la misma por la LOEx, ha seguido vigente, en todo aquello en que no se opusiera a la nueva ley, hasta la entrada en vigor del reglamento de desarrollo de la LOEx, dado que no se cumplió el plazo previsto en la Disposición Final 6ª de la LOEx, que dispone que “El Gobierno, en el plazo de seis meses aprobará el Reglamento de esta Ley Orgánica”. Por cierto, a diferencia del anterior, el Reglamento de desarrollo de la LOEx no contiene previsiones de carácter más general, relativas al régimen de los extranjeros en España, sino que centra su articulado principalmente en el régimen de visados y permisos. La

C) DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

Como reconoció el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 107/1984, los extranjeros podrán disfrutar en nuestro país de todos aquéllos derechos y libertades¹² que, por su naturaleza, son inherentes a todo hombre, pues así está reconocido a través de Tratados Internacionales suscritos por España y así lo ha querido nuestra Constitución, al señalar como textos interpretativos todas las normas internacionales reguladoras de los derechos¹³ fundamentales y libertades públicas del Título I.

Aun cuando los derechos de los extranjeros en España sean de configuración legal, ello no significa en absoluto que su determinación y alcance se dejen libremente en manos del legislador. Como ha señalado el órgano constitucional en su Sentencia 242/1994, aunque el artículo 13 *“autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España (...), esta posibilidad no es incondicionada”* [Fundamento Jurídico 4º]; de esta manera, la regulación que efectúe el legislador no podrá afectar a los derechos *“que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano o, dicho de otro modo, (...) aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”* [Sentencias 107/1984, de 23 de Noviembre (Fundamento Jurídico 3º) y 99/1985, de 30 de Septiembre (Fundamento Jurídico 2º)].

Junto a estos derechos inherentes a la persona, los extranjeros gozarían de aquéllos otros que, sin ser tan

razón de ello puede estar en el carácter menos exhaustivo de la regulación dada por la Ley Orgánica 7/85, que dejaba muchos aspectos sin tratar (entre ellos, como después se verá, en relativo al derecho a la asistencia sanitaria).

¹¹ El artículo único del Real Decreto, en su tercer apartado, así lo dispone.

¹² Según señala VERDROSS (citado por MIAJA DE LA MUELA, en *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1979, pág. 148), el Derecho Internacional, aunque no impone la equiparación entre los derechos de los nacionales y los de los extranjeros, sí que exige un estándar mínimo a proteger, que estaría integrado el derecho a ser reconocido como sujeto de derechos; derecho a la vida; derecho a no ser arbitrariamente detenido; derecho a no ser torturado ni maltratado; derecho al libre acceso a los Tribunales; y derecho al ejercicio de ciertos derechos civiles básicos (familia, básicamente).

¹³ *Este es el sentido de su artículo 10, apartado segundo. Entre otras, debemos señalar la expresamente citada Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 10 de Diciembre de 1948; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de Diciembre de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha; y la reciente Carta Europea de Derechos Fundamentales, emanada en el seno de la Unión Europea. La propia LOEx reitera, en el apartado 2 de su artículo 3, esa necesidad de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros de conformidad con los textos internacionales.*

básicos, están reconocidos en textos internacionales suscritos por España o han sido establecidos por voluntad del legislador nacional. Son los que antes hemos llamado derechos de configuración legal, que, aunque la Constitución no reconoce expresamente en favor de los extranjeros, se entienden concedidos por ésta.

Entre ellos, como después se verá, se encontraría el derecho a la asistencia sanitaria, reconocido en favor de las embarazadas, los menores y para los casos de urgencia.

2 ARTÍCULO 43.1 CE: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

A) INTRODUCCIÓN

Como señala BERMEJO VERA¹⁴, *“la protección de la salud es uno de los principios fundamentales reconocidos en cualquier Estado moderno, principio que se plasma en la actualidad como un derecho de todo ciudadano a exigir un mínimo de prestaciones sanitarias conformes a la dignidad humana y al nivel de desarrollo social y económico de cada Estado”*. Y dentro de ese concepto de ciudadano, se encontrarían también los extranjeros, en los términos reconocidos por los Tratados internacionales y las normas internas.

Como se ha dicho, bajo el título *“De los principios rectores de la política social y económica”*, el Capítulo Tercero del Título I de nuestra Constitución recoge una serie de derechos que, sin tratarse de derechos fundamentales en sentido estricto, vinculan a los poderes públicos y, una vez producido su necesario desarrollo legal, deben entenderse como derechos subjetivos en el amplio sentido de la palabra.

Dentro de ellos se encuentra el derecho a la salud, regulado en el artículo 43 CE, cuyo primer apartado dispone que *“Se reconoce el derecho a la protección de la salud”*, términos generales que se concretan en el segundo apartado en la obligación de los poderes públicos de *“organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”*. Finalmente, el propio apartado segundo, *in fine*, afirma que *“La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”*.

Como afirma BEATO ESPEJO, la Constitución no regula el derecho a la salud en sí mismo, sino el derecho a que los poderes públicos, con el objeto de protegerla, adopten las medidas oportunas para eliminar las deficien-

¹⁴ Derecho Administrativo. Parte Especial (Tercera Edición). Civitas, Madrid, 1998. Pg. 179.

cias en la salud, prevenir enfermedades, curarlas, en su caso, y fomentar la educación en esta materia¹⁵. En este sentido, MUÑOZ MACHADO mantiene que el derecho a la salud comprende un aspecto negativo y otro positivo: “el derecho del individuo a que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda lesionar su salud” y el derecho al “conjunto de medidas que los poderes públicos deben establecer para conseguir la prevención de las enfermedades o la mejora de las condiciones sanitarias generales”, respectivamente.

Y por salud pública, este mismo autor, citando a WISLOW, entiende “la ciencia y el arte de, primero, impedir las enfermedades; segundo, prolongar la vida; y tercero, fomentar la salud y la eficacia mediante el esfuerzo realizado por la comunidad para el saneamiento del medio, el control de las enfermedades transmisibles, la educación de los individuos en higiene personal, la organización de los servicios médicos y de enfermería para el diagnóstico temprano y el tratamiento preventivo de las enfermedades y el desarrollo de un mecanismo social que asegure a cada uno un nivel de vida adecuado para la consecución de la salud, organizando estos beneficios de tal modo que cada ciudadano se encuentre en condiciones de gozar en su derecho natural a la salud y a la longevidad”¹⁶.

B) DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL

Como puede apreciarse, la Constitución habla en términos sumamente generales, no limitando el reconocimiento del derecho solamente a los españoles, aunque tampoco se refiere a todos los ciudadanos.

Debemos, por ello, fijarnos en el lugar donde está ubicado el precepto. Como acabamos de señalar, se trata del Capítulo Tercero, cuya única virtualidad jurídica es la reconocida por el artículo 53.3 CE: “El reconocimiento, respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Ello implica, en consecuencia, que sólo habrá derecho subjetivo, cuya lesión sería susceptible de impugnación ante los Tribunales, cuando se produzca su desarro-

¹⁵ “El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad”, en Revista de Administración Pública, nº 119, 1989, págs. 379-418 (en pág. 401)

¹⁶ La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos, Alianza Editorial, Madrid, 1995 (págs. 94 y 95).

llo normativo. Entretanto, como señala FERNÁNDEZ PASTRANA, el artículo 43 estaría reconociendo un “derecho a que se establezcan derechos”¹⁷.

En otras palabras, “del artículo 43 de la Constitución pueden resultar intereses legítimos (...) pero pueden y deben, y éste es el mandato constitucional, resultar igualmente derechos subjetivos, y entre ellos el derecho a recibir asistencia sanitaria y las demás prestaciones positivas pensables, pues éste y no otro es el sentido de que el artículo 43.2 se refiera, junto a las medidas preventivas, <<a las prestaciones y servicios necesarios>>”¹⁸.

Esto sería de aplicación tanto para los nacionales como, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.1 CE, para los extranjeros. En consecuencia, la asistencia sanitaria de los extranjeros estaría sometida a una doble necesidad de desarrollo legislativo: por una lado, por tratarse de un principio rector de la política social y económica y, por otro, por ser un derecho en favor de los extranjeros. Producido éste, el derecho a la protección de la salud será de titularidad de todos los ciudadanos, ya sean nacionales o extranjeros, que se encuentren en necesidad de atención sanitaria.

Como señala BERMEJO VERA, este derecho “supone fundamentalmente el reconocimiento de un derecho individual –subjetivo- a obtener de los poderes públicos una acción social protectora frente a una necesidad de carácter sanitario, sentida socialmente. A resultas de tal situación, el Estado deberá crear y organizar el oportuno servicio que garantice la satisfacción de este derecho individual”²⁰. Y ello, como mantiene PUERTA SEGUI-DO, de tal manera que “permita extender la asistencia sanitaria pública a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España en condiciones de igualdad efectiva”, mientras que “los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio na-

¹⁷ El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional. Civitas, Madrid, 1984. Pg. 62

¹⁸ Ibidem, pgs. 63 y 64.

¹⁹ Desarrollo que deberá hacerse por ley ordinaria, y no orgánica, por no tratarse de uno de los supuestos incardinados en el artículo 81 CE. La LOEx, que tiene rango de Ley Orgánica, reconoce expresamente en su artículo 12 el derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria, como después veremos; no obstante, en su Disposición Final 4ª señala que el contenido de varios de sus artículos no posee carácter orgánico. Entre ellos se encuentra el propio artículo 12.

²⁰ Op. cit. Derecho Administrativo... Pg. 181. En el mismo sentido, Garrido Falla, en op. cit. Comentarios a la Constitución... (Comentario al artículo 43). Pg. 789.

*cional tendrán garantizado tal derecho en la forma que las Leyes y Convenios Internacionales establezcan*²¹.

En definitiva, corresponderá al legislador el reconocimiento de ese derecho a la asistencia sanitaria organizada y pública, así como su alcance, todo ello, con respeto a las exigencias constitucionales y a los principios de universalidad e igualdad (necesarios en todo servicio público)²².

En resumen de todo lo dicho en los epígrafes anteriores pueden citarse las palabras del Tribunal Constitucional recogidas en el Fundamento Jurídico 3º de su Sentencia 95/2000, de 10 de Abril: *“tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE), se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del art. 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes”*.

Por ello, el siguiente capítulo lo dedicaremos al estudio de la configuración legal de este derecho, ausente en la Ley Orgánica 7/1985, otorgada por su reglamento de desarrollo y ampliada por la LOEx, cuyo régimen jurídico viene establecido por la Ley General de Sanidad y por la Ley General de la Seguridad Social.

²¹ *“La Sanidad”*, en Derecho Autonómico de Castilla-La Mancha (Director Luis Ortega). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000. Pg. 427.

²² *Los principios de universalidad e igualdad implican la necesidad de extender el servicio sanitario a todos, con el límite de la capacidad financiera del Estado, y de prestar el mismo a todos por igual, cuando así se establezca por ley, precisamente como consecuencia de su definición como servicio público. Para la consideración de la sanidad como servicio público, véase FERNÁNDEZ PASTRANA, op. cit. El servicio público de la Sanidad. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Octubre de 1984 señala que “La naturaleza de la acción sanitaria deberá concebirse como un servicio público, máxime después de la declaración constitucional –artículo 43.2- de que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios sanitarios”*.

III.- LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD: LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS

1) EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN FAVOR DE LOS EXTRANJEROS CON ANTERIORIDAD A LA LOEx

A) NORMAS INTERNACIONALES

El artículo 10.2 CE, dispone que *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. Similar redacción posee el artículo 3.2 LOEx.

Los dos preceptos más relevantes en esta materia son el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

El primero de ellos establece que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”*; el segundo, por su parte, señala que *“Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*, conteniendo en los apartados siguientes una serie de objetivos y medidas en desarrollo de esta norma general, tales como la reducción de la mortalidad, la mejora en la higiene del trabajo o la prevención de enfermedades.

Junto a estos textos, debe incluirse aquí la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, cuyo artículo 24 reconoce para menores el derecho a la salud y los servicios asistenciales básicos y el derecho a la atención sanitaria pre y postnatal para las madres²³.

Por último, debemos citar la recientemente aprobada Carta Europea de Derechos Fundamentales, que aunque, en principio carece de fuerza vinculante por no haber sido plasmada en norma jurídica, sino proclamada solemnemente, sí tiene efectos jurídicos en nuestro ordenamiento (como, de hecho, se están produciendo²⁴). Este

²³ *Derechos que han sido ratificados posteriormente por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, sobre Protección Jurídica del Menor.*

²⁴ *Recientemente, nuestro Tribunal Constitucional, en el F.J. 8º de su Sentencia 292/2000, de 30 de Noviembre (por tanto, antes de la entrada*

texto, en su artículo 35 dispone que *“ Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana ”*. Como vemos, mera declaración, al remitirse a lo dispuesto en la legislación nacional, pero que puede servir de inspiración en la interpretación de la misma por la vía del artículo 10.2 CE.

En conclusión, como puede apreciarse, reconocimiento general y limitado del derecho a la asistencia sanitaria por parte de las normas internacionales, que afecta básicamente a menores, mujeres embarazadas y extranjeros necesitados de atención sanitaria de urgencia²⁵.

A) LA LEY ORGÁNICA 7/85 Y SU REGLAMENTO DE DESARROLLO

Como señalaba la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/85, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, hasta su promulgación, el ordenamiento jurídico de nuestro país había carecido (desde el Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852) de una normativa que recogiera con carácter general y sistemático los principios informadores del Derecho de Extranjería. Fue con ella con la que se consiguió dar un tratamiento uniforme a esta materia, si bien con ciertos defectos y lagunas en las que no podemos detenernos.

En su artículo 4.1, señalaba que *“ Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos ”*. Así, reconocía derechos como el de sindicación, reunión, asociación, libre circulación o educación; sin embargo, omitía toda regulación respecto del derecho a la asistencia sanitaria.

Por tanto, para la configuración de este derecho debía acudir a las normas reguladoras del mismo, bási-

en vigor de la Carta, que fue proclamada en el seno de la Conferencia Intergubernamental de Niza y publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364, de 18 de Diciembre), ha acudido a la Carta para resolver un recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal.. En consecuencia, aunque sin valor vinculante, en principio, sí posee efectos jurídicos.

²⁵ En relación con la asistencia sanitaria de urgencia debemos mencionar la Resolución del Consejo de 4 de Marzo de 1996 (DOCE C 80, de 18 de Marzo), relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en el territorio de los Estados Miembros de la Unión Europea, que recomienda a los Estados comunitarios la prestación de asistencia sanitaria en condiciones de igualdad con los nacionales para situaciones de urgencia (Punto V.2)

camente la Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad y el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, como después se verá.

Junto con los textos legales, debe destacarse el ya mencionado Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, dictado en desarrollo de la Ley Orgánica 7/1985²⁶. Su primer artículo añadía algo más al artículo 4.1 de la Ley para cuya ejecución fue dictado, al disponer que *“ Los extranjeros gozarán de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos por las leyes que los desarrollen, los Tratados Internacionales suscritos por España y, en especial, [y aquí está lo importante] por la Ley Orgánica 7/85 y lo dispuesto en el presente Reglamento ”*.

Señalamos la importancia de este último inciso por dos razones: en primer lugar, el artículo 2 del Real Decreto, en su primer apartado, afirmaba que *“ Los extranjeros tienen plenamente garantizados en el territorio español, en igualdad de condiciones que los españoles, los derechos que son inherentes a las personas ”*, dentro de los cuales, como ya se dijo, se encontraría la asistencia sanitaria a menores y mujeres embarazadas y la de urgencia por alteración grave de la salud; por otro lado, el artículo 9 del Real Decreto dispone que *“ Los extranjeros podrán acceder a las prestaciones y servicios organizados por los poderes públicos para la protección de la salud, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica sobre la materia ”*. Como puede apreciarse, aunque remitiéndose a la legislación específica sobre la materia, este artículo reconocía expresamente el derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria.

Junto con ambos artículos, debemos citar igualmente el artículo 8 del Reglamento, que disponía que *“ Los extranjeros tendrán acceso a la asistencia y prestaciones sociales ante las situaciones de necesidad, especialmente en el caso de desempleo, conforme a lo que se establezca en la normativa reguladora, fundamentalmente la relativa al sistema de la Seguridad Social ”*.

Ello es lo que lleva a afirmar a APRAIZ MORENO, con anterioridad a la entrada en vigor de la LOEx, que la asistencia sanitaria en el sistema de la Seguridad Social es un derecho reconocido a todos los ciudadanos, incluidos, por tanto, los extranjeros²⁷.

²⁶ Este Reglamento derogó el anterior, aprobado por el Real Decreto 1119/1986, de 26 de Mayo.

²⁷ Derecho de Extranjería (Tomo I). JB, Barcelona, 1998. Pg. 130.

C) OTRAS NORMAS

i) *La Ley General de Sanidad*

La Ley 14/1986, de 25 de Abril, tiene por finalidad, como señala su artículo 1, “*la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución*”.

Aunque más preocupada por la estructura del sistema y su organización que por el contenido básico de la actividad sanitaria, esta norma universalizó en nuestro país el derecho a la asistencia sanitaria²⁸, reconociéndola en condiciones de igualdad tanto para los españoles como para los extranjeros que residieran legalmente en España.

En lo que a nosotros interesa, según la regulación dada por la Ley (LGS, en adelante), se distinguen dos categorías de extranjeros:

- aquéllos que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, a los que el apartado segundo del artículo 1 les reconoce expresamente el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria,
- aquellos otros no residentes en España, que tendrán garantizado el derecho en la forma que las leyes y los convenios internacionales establezcan.

Como veremos inmediatamente, la LOEx ha extendido el primero de los supuestos de tal forma que todos los extranjeros, legales o ilegales, van a poder ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria y en condiciones de igualdad respecto de los españoles, con inclusión del ejercicio pasivo del derecho.

El Capítulo I del Título I de la Ley recoge los principios generales por los que se debe regir el reconocimiento de estos derechos.

La Ley, sin embargo, restringe el ámbito de aplicación del derecho a la asistencia sanitaria a los españoles al afirmar, en el artículo 3.2, que “*La asistencia sanitaria pública se extiende a toda la población española*”.

En consecuencia, paradójica atribución de derechos: mientras que el artículo 1.2 LGS, en desarrollo del artículo 43 CE, otorga la titularidad del derecho a la protección de la salud a españoles y extranjeros residentes legalmente en España, el artículo 3.2 restringe el acceso a la asistencia sanitaria pública a la población española.

²⁸ Véase el artículo 46.1 a) de la Ley.

Ello ha sido interpretado por APARICIO TOVAR²⁹ en el sentido de entender que existen dos títulos jurídicos distintos para el acceso a las prestaciones sanitarias, rompiéndose aparentemente, como señala RAMOS QUINTANA³⁰, el principio de universalidad de cobertura en la asistencia sanitaria.

Esto se deriva de algo que ya se mencionó al hablar del artículo 43 CE; el derecho a la protección de la salud se desgloja en una doble vertiente: la salud pública, con la finalidad de conservar la salud de la colectividad, y la asistencia sanitaria, referida a la vertiente individualizada. En otras palabras, separación entre el concepto de derecho a la protección de la salud y el de derecho a la asistencia sanitaria, por voluntad del legislador.

De esta manera, el derecho a la protección de la salud sería de titularidad de todos los ciudadanos, españoles o extranjeros, mientras que el derecho a la asistencia sanitaria, en principio, quedaría limitado a los españoles, salvo que se trate de extranjeros afiliados al sistema de la Seguridad Social (por tanto, residentes legales), en cuyo caso sí se beneficiarían de la asistencia sanitaria prestada por la Seguridad Social.

En consecuencia, la inclusión de los extranjeros en el derecho a la asistencia sanitaria pública dependería de su inclusión en el sistema de la Seguridad Social³¹.

ii) *La Ley General de la Seguridad Social*

El art. 41 CE dispone que “*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”.

Con estas palabras, nuestra Constitución da pie a la regulación por parte del Estado del régimen de la Seguridad Social, tendente a cubrir las necesidades sociales de los ciudadanos. Y, dentro del mismo, se encuentra la asistencia sanitaria.

Como es conocido, la asistencia sanitaria pública (también la de los extranjeros), viene prestada por los

²⁹ La Seguridad Social y la protección de la salud. Madrid, Civitas, 1989 (pg. 217 y ss.). En el mismo sentido, RAMOS QUINTANA, en “*Derechos de los trabajadores extranjeros*”, Revista Española de Derecho del Trabajo, n° 86, 1997. Pg. 863 (en pg. 885).

³⁰ Op. cit. “*Derechos de los trabajadores extranjeros...*”. Pg. 885.

³¹ Así lo entiende igualmente RAMOS QUINTANA (Ibidem. Pg. 886). En el mismo sentido, HURTADO GONZÁLEZ, en “*Derecho a la protección de la salud y derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social*”, Tribuna Social, n° 78, 1997, págs. 20-31 (en pág. 28).

servicios sanitarios de la Seguridad Social, por lo que debemos acudir a la normativa que lo regula: básicamente, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el Decreto 2065/1974, de 30 de Mayo.

El artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/1994 (LGSS, en adelante) señala que el derecho de los españoles a la Seguridad Social contemplado en la Constitución se regulará de conformidad con lo dispuesto en la propia Ley. Aunque no hace mención alguna al derecho de los extranjeros a la Seguridad Social, el artículo 7.1 considera la afiliación de los extranjeros al régimen de la Seguridad Social al disponer que *“Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros³² que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes”*: ser trabajador por cuenta ajena en el sentido del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores o ser trabajador por cuenta propia o autónomo³³.

Por su parte, el apartado 5º del artículo 7 regula el reconocimiento a los extranjeros del derecho a las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, atribuyéndoselo exclusivamente a los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en el territorio español, con exclusión del resto, que sólo gozarán del mismo en la medida en que así se disponga en los Tratados sobre la materia o así se establezca en virtud del principio de reciprocidad.

Esto es lo que hacía que, con anterioridad a la LOEx, solamente los trabajadores extranjeros dados de alta en la Seguridad Social y, por tanto, cotizadores, y los que poseyeran alguna de las nacionalidades antes señaladas, tuvieran derecho a la asistencia sanitaria³⁴, de con-

³² A los que el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, otorga capacidad para contratar la prestación de su trabajo.

³³ Esta redacción ha sido introducida por la Ley 13/1996, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden social (artículo 91). Con anterioridad a la misma sólo se hacía referencia a los trabajadores españoles.

³⁴ El artículo 6.1 b) del Convenio nº 97 de la OIT, de 1 de Julio de 1947, ya obligaba a los Estados contratantes a prestar asistencia sanitaria por accidentes de trabajo, enfermedad común y profesional y maternidad a los nacionales de los Estados parte en el mismo, si bien condicionada a la residencia legal en el territorio.

formidad con lo previsto en el artículo 100 del Decreto 2065/1974.

Esta previsión se ve ahora avalada por la LOEx que, en su artículo 10.1, señala que *“Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”*. Además, el artículo 14, en su primer apartado, confirma ese derecho de acceso en las mismas condiciones que los españoles³⁵, con la diferencia de que ya no hay preferencia alguna en favor de determinados colectivos de inmigrantes.

Por tanto, como se verá a continuación, tanto ellos como los inmigrantes empadronados, menores y mujeres embarazadas podrán beneficiarse de las prestaciones sanitarias del Sistema de la Seguridad Social que, como señala el artículo 38.1 a) LGSS, comprenden la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo³⁶.

El Decreto 2065/1974, por su parte, concreta el contenido del derecho a la asistencia sanitaria del Régimen General de la Seguridad Social, afirmando en su artículo 98.1 que *“tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de dicho régimen, así como su aptitud para el trabajo”*, servicios que pueden ser medidas preventivas y prestaciones sanitarias, abarcando estas últimas la atención primaria y la especializada, las prestaciones farmacéuticas y otras prestaciones complementarias, a parte de los servicios de información y documentación sanitaria.

La protección pasiva del derecho queda garantizada en el artículo 100.3, que otorga legitimación a los trabajadores y pensionistas titulares del derecho a la asistencia sanitaria tanto en vía administrativa como en vía judicial.

En definitiva, uniendo la Ley General de Sanidad y la normativa de la Seguridad Social, llegamos a la conclusión de que el derecho a la asistencia sanitaria es universal, pero solamente en el sentido de acceso de todo ciudadano a los servicios sanitarios, pero no de gratuidad de los mismos para todos, que es diferente. En conse-

³⁵ Debe destacarse aquí la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 15 de Noviembre de 1996 [Asunto Gaygusuz contra Austria], que prohíbe que los extranjeros residentes legales sean discriminados con relación a los nacionales de un Estado en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

³⁶ En el mismo sentido, artículo 99 del Decreto 2065/1974.

cuencia, en relación con los extranjeros, la asistencia sanitaria les va a venir reconocida para los casos en que estén afiliados a la Seguridad Social o a aquellos otros que se puedan beneficiar de las prestaciones no contributivas de la misma. El resto podrá acceder a las prestaciones sanitarias, pero en concepto de usuario privado.

Esta situación ha sido modificada por la LOEx.

2. LA NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA

A) CONSIDERACIONES GENERALES

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, que deroga la anterior Ley Orgánica 7/1985, ha introducido importantes novedades en materia de extranjería.

Tras delimitar negativamente el concepto de extranjero y excluir a determinadas categorías del mismo, señala, en su artículo 3.1 que *“Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”*. La trascendencia de esta disposición es ciertamente relevante, al consagrar como criterio interpretativo la igualdad en la concesión de derechos y libertades en favor de los extranjeros³⁷. Ello, con los límites y en los términos establecidos en la propia Ley Orgánica y en la legislación de desarrollo, con lo que deberán cumplirse los requisitos normativos exigidos que, en determinadas ocasiones, matizarán esa igualdad.

Con esta regulación, la LOEx modifica, sin duda alguna, lo ya dicho respecto del principio de igualdad. Así, si tal y como estaba la situación antes de la misma, el disfrute de los derechos y libertades del Título I de la Constitución por parte de los extranjeros no tenía por qué darse en condiciones de igualdad, ahora, con la LOEx, y por voluntad expresa del Legislador, esa concesión de derechos se hace bajo las exigencias del principio de igualdad, porque así ha querido configurarse legalmente el régimen de extranjería en España, prescindiendo del elemento de la nacionalidad como condicionante general de la titularidad y el ejercicio de los derechos que atribu-

³⁷ Debe tenerse en cuenta que la Ley garantiza el ejercicio tanto activo como pasivo del derecho, en el sentido de poner a disposición del extranjero titular los medios y vías administrativas y judiciales para hacer valer el mismo.

ye a los extranjeros, entre ellos, el derecho a la asistencia sanitaria³⁸.

B) EL ARTÍCULO 12 LOEx

i) Concesión del derecho a la asistencia sanitaria

En lo que interesa al objeto de este estudio, la LOEx ha extendido el ámbito de extranjeros amparados por el derecho de asistencia sanitaria, no sólo al reconocérselo con mayor amplitud a menores de edad y mujeres embarazadas (algo que, como se ha visto, ya estaba reconocido en nuestro ordenamiento), sino por otorgar a los extranjeros³⁹, incluso ilegales, el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia hasta el alta médica y, a aquellos que estén empadronados, el derecho a la asistencia sanitaria pública en condiciones de igualdad con los españoles⁴⁰.

El alcance y la importancia de esta atribución son fácilmente palpables: prácticamente equipara a españoles y extranjeros en el acceso a las prestaciones sanitarias, a diferencia del sistema anterior, que, con la excepción de los menores y las mujeres embarazadas y los supuestos humanitarios, sólo lo permitía en la medida en que se fuera trabajador residente y afiliado al sistema de la Seguridad Social.

El artículo 12 LOEx dispone que *“1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón*

³⁸ Además, en apoyo a esa garantía de igualdad en el disfrute de los derechos otorgados a los extranjeros, el artículo 23.1 LOEx considera discriminación “todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”. Además, en su segundo apartado, considera como actos de discriminación, entre otros, los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público en el ejercicio de sus funciones (y la sanidad lo es), y aquellos otros que impongan condiciones más gravosas que a los españoles en materia de servicios sociales y socioasistenciales o respecto de cualquiera de los derechos reconocidos en la Ley (si bien, en este caso, limitado a los extranjeros que residan legalmente en España).

Por su parte, el artículo 54 c) castiga como infracción muy grave (sancionable, por tanto, con multa de 1.000.001 a 10.000.000 de ptas.) la realización de este tipo de conductas discriminatorias.

³⁹ Es preciso recordar que las prestaciones de asistencia sanitaria no sólo se reconocen a los titulares del derecho, sino también a los familiares o asimilados que estén a su cargo, en concepto de beneficiarios, tal y como se desprende del artículo 100.1 c) del Decreto 2065/1974, de 30 de Mayo.

⁴⁰ La mejor garantía de que el derecho a la asistencia sanitaria se atribuye a los extranjeros en condiciones de igualdad respecto de los españoles y, en consecuencia, de la igualdad ante los servicios sanitarios, viene dada por la tarjeta sanitaria, documento individualizado que da acceso a los mismos con independencia de la nacionalidad, del status social o de la capacidad adquisitiva de su titular.

del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

1. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles

2. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

Como se puede comprobar la amplitud con la que este artículo reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en favor de los extranjeros es mucho mayor que cualquiera de los reconocimientos anteriores, no sólo por contener una redacción más detallada y con una mayor diferenciación de supuestos, sino, sobre todo, porque alcanza tanto a los inmigrantes que residen legalmente en nuestro país como a aquéllos otros que se encuentran en él de forma ilegal.

El propio artículo diferencia claramente cuatro supuestos que derivan en cuatro regímenes distintos a la hora de conceder el derecho de asistencia sanitaria: inmigrantes inscritos en el padrón; inmigrantes no inscritos, en relación con la asistencia sanitaria pública de urgencia; menores de edad; y mujeres embarazadas⁴¹. Junto a ellos, se encontrarían otros dos grupos no mencionados en el artículo 12 LOEx: los extranjeros afiliados al sistema de la Seguridad Social, que disfrutarían del derecho a la asistencia sanitaria en la misma forma en que lo hacen los españoles afiliados, y los extranjeros que, aunque inscritos, no acreditan insuficiencia de recursos, que quedarían excluidos de la titularidad del derecho, pudiendo acceder a los servicios sanitarios como usuarios privados.

Lo previsto en este artículo ha sido desarrollado por la Instrucción del INSALUD de 31 de Enero de 2000, cuyas previsiones iremos exponiendo a lo largo de los siguientes epígrafes.

⁴¹ Cualquiera de los inmigrantes incluidos en uno de estos cuatro supuestos gozarán de este derecho en las mismas condiciones que los españoles, siguiendo el criterio interpretativo marcado por el artículo 3.1 y lo dispuesto en el propio artículo 12 LOEx.

ii) Extranjeros empadronados

Como señala el primer apartado del artículo 12, los extranjeros que se encuentren en España y se empadronen en el municipio en que residan habitualmente tienen derecho a la asistencia sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles.

Y esas condiciones implican que, a parte de los extranjeros residentes y con permiso de trabajo, afiliados al sistema de la Seguridad Social, podrán beneficiarse de los servicios sanitarios aquéllos otros que, con independencia de que se encuentren legalmente en España o carezcan de los documentos necesarios para ello, estén empadronados y no posean recursos económicos suficientes⁴². Con ello, la expresión contenida en el artículo 3 LGS, que hace referencia a la “población española” como beneficiaria de la asistencia sanitaria pública, queda superada y debe entenderse reemplazada por la contenida en el artículo 12 LOEx, en el sentido de que la asistencia sanitaria se reconoce no sólo a los españoles, sino también los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente.

Dos son, pues, las condiciones para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria: empadronamiento y carencia de recursos económicos suficientes.

Esta última condición viene contemplada en el Real Decreto 1088/1989, de 8 de Septiembre, que regula el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a las personas sin recursos económicos suficientes. Aunque pensado para aquéllos nacionales⁴³ que, ajenos al sistema de la Seguridad Social, no poseen recursos para sufragar los gastos que pueda generar su falta de salud, se está aplicando, desde la entrada en vigor de la LOEx, a los extranjeros que se encuentran en nuestro país. La forma normal de acreditación de la carencia de recursos económicos es la presentación de la declaración del Impuesto sobre la Renta del último ejercicio, algo que se podrá hacer solamente cuando se venga obligado a ella. En el

⁴² Es precisamente esa exigencia de igualdad de condiciones con respecto a los españoles la que implica la necesidad del requisito de insuficiencia de recursos económicos. El reconocimiento del derecho a asistencia sanitaria gratuita sin estar integrado en el sistema de la Seguridad Social por el simple hecho de ser extranjero empadronado sería discriminatorio para los propios españoles.

⁴³ Como demuestra, de hecho, su primer artículo al reconocer el derecho a la asistencia sanitaria “a los españoles que tengan establecida su residencia en el territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes”.

resto de los casos, la acreditación se podrá hacer verbalmente⁴⁴.

De esta forma, y a diferencia del sistema al que estamos habituados, tanto el cónyuge del solicitante extranjero como sus hijos mayores de edad, podrán presentar solicitudes independientes, siendo reconocidos, en su caso, como titulares (y no simples beneficiarios) del derecho a la asistencia sanitaria.

Por su parte, el requisito del empadronamiento es obligación de los poderes públicos⁴⁵ y de los propios ciudadanos residentes habitualmente en un municipio. Así lo exige el artículo 15 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL, en adelante) al disponer que “Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente”⁴⁶; el artículo 16.1, que define el Padrón municipal como “el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio”.

En desarrollo de estas previsiones, la Resolución de 21 de Julio de 1997, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre actualización del Padrón Municipal (su apartado 5 se dedica expresamente al empadronamiento de extranjeros), señala que “deben estar dadas de alta todas las personas que habitan en el municipio, sean nacionales o extranjeras, y, en este último caso, tengan o no regularizada su situación en el Registro del Interior”⁴⁷. En consecuencia, queda clara la independencia de la inscripción en el Padrón respecto de la situación del extranjero en nuestro país y la falta de competencia por parte de los Ayuntamientos para con-

⁴⁴ En este sentido, artículo 3.1 b) de la Orden de 13 de Noviembre de 1989, que dispone que “La insuficiencia de recursos (...) se acreditarán, cuando proceda, mediante declaración de los interesados sin perjuicio de las comprobaciones que puedan llevarse a cabo”.

⁴⁵ El artículo 6.3 de la propia LOEx señala la obligación de los Ayuntamientos de confeccionar y mantener actualizado el Padrón de extranjeros que residan en el municipio.

⁴⁶ Antes de la modificación efectuada por la Ley 4/1996, de 10 de Enero, sobre Padrón Municipal de Habitantes, la Ley de Bases de Régimen Local se refería a “Todo español o extranjero”.

⁴⁷ Lo dispuesto en esta Resolución junto con lo previsto por el artículo 15 LBRL desvirtúan la petición que se hizo desde la Delegación del Gobierno para la Extranjería a los Ayuntamientos para no empadronar a aquellos inmigrantes que no residieran legalmente en España: por un lado, la obligación de actualizar la información relativa a los extranjeros que impone el artículo 6.3 LOEx y la que establece la Resolución de inscribir en el padrón a todos los residentes en un municipio (en ambos casos, sin distinguir entre extranjeros legales o ilegales) y, por otro, la propia obligación para todos los ciudadanos de empadronarse en el municipio en que residen habitualmente así lo sugieren.

*trolar la permanencia de los extranjeros en el territorio español*⁴⁸.

El artículo 18 LBRL señala, en su segundo apartado, que “La inscripción de los extranjeros en el Padrón no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España”. Como puede comprobarse, el artículo 12 LOEx recoge el requisito del empadronamiento no como prueba de residencia legal en España⁴⁹, sino como condición imprescindible para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, con independencia de que el solicitante esté residiendo en nuestro país legal o ilegalmente. Ello, en una interpretación *sensu contrario* del artículo anteriormente reproducido, no se opone a lo dispuesto en el mismo: el empadronamiento confiere (al menos, es uno de los requisitos para ello) el derecho a la asistencia sanitaria porque así lo prevé la LOEx⁵⁰.

⁴⁸ Como manifiesta la propia Resolución al afirmar que “El Ayuntamiento no interviene en la concesión de los permisos de residencia ni es competente para controlarlos. Su obligación es reflejar en un registro, el Padrón, el domicilio y las circunstancias de todas las personas que habitan en su término municipal. Y de la misma manera que no debe controlar a través del Padrón la legalidad o ilegalidad de la ocupación de la vivienda, tampoco debe realizar ningún control sobre la legalidad o ilegalidad de la residencia en territorio español de ninguno de sus vecinos”.

⁴⁹ De hecho, para la concesión del derecho a la asistencia sanitaria no se pide acreditación alguna ni de nacionalidad ni de residencia legal en España, porque lo que precisamente importa al Legislador es el hecho de estar residiendo en España.

⁵⁰ La inscripción en el Padrón municipal se exige igualmente para los españoles que acceden al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria por la vía de la insuficiencia de recursos, dado que deben presentar, entre otros documentos, un certificado del Ayuntamiento acreditando el lugar de residencia. Sin embargo, este mismo requisito plantea un problema de choque con el derecho a la asistencia sanitaria en relación con aquellos extranjeros que se encuentran en nuestro país sin cumplir todos los requisitos legales, por el miedo a ser localizados a través de los datos que constan en el Padrón por parte de los servicios del Ministerio del Interior y posteriormente expulsados (con la redacción originaria de la LOEx., las causas que dan lugar a la expulsión de los extranjeros indocumentados o carentes de alguna de las condiciones legales para residir en nuestro país estaban sumamente limitadas, hasta el punto de que los extranjeros ilegales no podían ser sancionados con la expulsión. Sin embargo, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2000 la estancia irregular en territorio español por no haber obtenido o tener caducado por más de tres meses el permiso de residencia o análogo, encontrarse trabajando sin tener permiso de trabajo ni autorización de residencia válida o, incluso, haber incurrido en ocultación dolosa o falsedad grave del cambio de domicilio, son consideradas infracciones graves, y castigadas con multa de 50.001 a 1.000.000 de ptas. o, en su caso, cuando así lo crea oportuno el órgano encargado de resolver, con la expulsión del territorio nacional).

No se trata tanto de un problema jurídico como de un problema práctico: el Ministerio de Interior, como reiteradamente ha manifestado, no va a emprender una política persecutoria del inmigrante ilegal; sin embargo, el temor, por desinformación, existe, de ahí que el requisito

En consecuencia, los extranjeros empadronados y que, tras la oportuna comprobación por parte de la Administración sanitaria, carezcan de recursos suficientes para sufragar los gastos generados por el cuidado de su salud, podrán acceder a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad con respecto a los españoles. Y, para ello, deberán solicitar la denominada tarjeta sanitaria, documento que les acredita como titulares de tal derecho⁵¹, que le otorgará la posibilidad de beneficiarse de los servicios sanitarios del INSALUD⁵².

Desde el punto de vista administrativo, el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, concreta-

de la inscripción suponga un elemento en contra de la disponibilidad de los inmigrantes a solicitar el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, como demuestra la práctica diaria.

Con todo, la inscripción de los extranjeros en el Padrón del municipio en el que residen habitualmente y el acceso de la población inmigrante a los ficheros sanitarios ha de ser valorado positivamente desde la perspectiva de los programas de salud, al facilitar la planificación y puesta en marcha de estrategias en el ámbito de la salud pública.

⁵¹ Con esta finalidad deberán rellenar el formulario F 1 del INSALUD, que es exactamente el mismo que se usa para cualquier español solicitante de la emisión de la tarjeta sanitaria. En él se harán constar los datos del solicitante y su N.I.E. (Número de Identificación de Extranjero), asignándosele un médico (que será el elegido en la solicitud). La copia del formulario, una vez adherida al mismo la etiqueta de adscripción de facultativo, sirve como documento provisional acreditativo para el acceso a la asistencia sanitaria.

⁵² En este sentido, véase la Resolución de la Presidencia Ejecutiva del Insalud de 23 de Julio de 1998.

En relación con el periodo de caducidad de la tarjeta sanitaria debemos hacer breve referencia a un problema que se plantea como consecuencia del hecho de no haberse tomado en consideración la normativa reguladora de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social: dado que la afiliación del extranjero a la Seguridad Social se produce en función de la duración de su permiso de trabajo, la tarjeta sanitaria expedida (o, en definitiva, su derecho a la asistencia sanitaria) caduca cuando termina tal permiso, esto es, cuando deja de trabajar y, en consecuencia, de cotizar a la Seguridad Social; sin embargo, en el caso de los extranjeros que acceden al sistema sanitario por la vía del artículo 12.1 (esto es, a través del procedimiento de asistencia sanitaria por carencia de recursos económicos suficientes), ésta se expide por un periodo de mayor. Ello es así porque se aplica el mismo régimen que se venía aplicando a los españoles que accedían a tal derecho por falta de recursos, y que es el regulado en el Real Decreto 1088/1989, de 8 de Septiembre. Sólo expirará el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros cuando los ingresos de su titular superen los mínimos establecidos o se adquiera el derecho por cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social.

Ello se traduce, como puede fácilmente apreciarse, en que sea más beneficioso para el inmigrante acudir a los servicios administrativos de su Centro de Salud como ilegal o, cuando menos, carente de recursos, antes que hacerlo como trabajador, pues va a obtener con ello un derecho de mayor duración. Si bien esto no sería posible para los trabajadores afiliados a la Seguridad Social, porque el propio Real Decreto 1088/1989 lo prohíbe (su artículo 5 dispone que “No se reconocerá el derecho a la asistencia sanitaria a que se refiere este Real Decreto a quienes ya la tengan por cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social”), sí lo es para su cónyuge e hijos menores a su cargo, a los que resulta más beneficioso acceder al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria directamente por la vía del primer y tercer apartados del artículo 12, como titulares, que en concepto de beneficiarios, dependientes del titular con un permiso de trabajo temporal.

mente, a sus direcciones provinciales, a través del procedimiento marcado en el Real Decreto 1088/1989 y sus normas de desarrollo⁵³. Una vez reconocido el mismo, y tras comunicarse a la Tesorería General de la Seguridad Social el alta del solicitante, se procederá a la expedición de la tarjeta sanitaria⁵⁴.

iii) Menores extranjeros

⁵³ Básicamente, la Orden de 13 de Noviembre de 1989 y la Resolución de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria de 29 de Diciembre del mismo año.

⁵⁴ Las solicitudes (documentación y formularios) se presentan ante los Centros Salud de Atención Primaria y en aquellas otras unidades del Instituto Nacional de Salud autorizadas por las direcciones provinciales del mismo. La denegación del derecho a la asistencia sanitaria es recurrible por parte del solicitante.

El procedimiento para la tramitación de los expedientes de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a las personas sin recursos económicos suficientes se encuentra regulado en la Resolución de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria de 29 de Diciembre de 1989.

Para el reconocimiento de este derecho, debe presentarse el Formulario F 6 del INSALUD, en el que se deben incluir tanto los datos del propio solicitante, que será, en caso de respuesta positiva por la Administración, el titular del derecho, como los de todas aquellos menores e incapacitados que estén a su cargo y que carezcan de cualquier tipo de protección sanitaria pública (con exclusión de aquellos que estén incluidos en alguno de los regímenes de la Seguridad Social como titular o beneficiarios con derecho a asistencia sanitaria), en concepto de beneficiarios del mismo. En la solicitud deberán consignarse todos los ingresos y rentas de cualquier naturaleza que posean los miembros de la unidad familiar de la que forme parte el solicitante.

A la solicitud debe acompañarse fotocopia del NIE (Número de Identificación de Extranjero) y copia de las declaraciones del impuesto de la renta del último ejercicio, en el caso de que el solicitante o algún otro miembro de la unidad familiar esté obligado a realizarla o, en caso contrario, declaración sobre insuficiencia de recursos económicos, a parte del certificado del Ayuntamiento acreditativo del empadronamiento. Se entiende que el solicitante carece de recursos económicos suficientes cuando sus rentas, de cualquier naturaleza, son iguales o inferiores al Salario Mínimo Interprofesional o, de ser superiores, cuando el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo es igual o menor a la mitad del Salario Mínimo Interprofesional (para una crítica a esta exigencia, véase PEMÁN GAVÍN, “Sobre el proceso de desarrollo y aplicación de la Ley General de Sanidad: balance y perspectivas”, en Derecho y Salud, nº 2, 1999, págs. 13 y 32).

Además de todo lo dicho, el solicitante deberá presentar el número de la Seguridad Social que le haya sido asignado con carácter previo por parte de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social (tal número no implica afiliación a la Seguridad Social en sentido estricto, sino que se concede a efectos de identificación administrativo-sanitaria) y que debe solicitar a través del formulario TA. 1 (Solicitud de Afiliación/Número de Seguridad Social).

Una vez presentados todos estos documentos, el solicitante será catalogado como ETR o XTR, según sea “Extranjero Titular sin Recursos” o “Extranjero Titular sin Recursos mayor de 65 años”, con la diferencia de que estos últimos se benefician también del derecho a la prestación farmacéutica gratuita.

Siguiendo datos del Ministerio de Sanidad y Consumo, durante el primer mes de vigencia de la LOEx, han solicitado la tarjeta sanitaria a través de este procedimiento 3.463 bajo el amparo del primer apartado del artículo 12. Estos datos pueden consultarse en la página web del Ministerio (www.msc.es/insalud/notas).

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, sobre Protección Jurídica del Menor, contemplaba ya en su artículo 3 el reconocimiento en favor de los menores “*de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte*”. Ahora, el tercer apartado del artículo 12 reconoce en favor de los extranjeros menores de 18 años⁵⁵ (con independencia de su inscripción o no en el Padrón del municipio en el que residan y de que sean o no residentes legales), el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Aunque nada decía la Ley de Extranjería anterior, su Reglamento de desarrollo, en el artículo 12, disponía que “*Los menores extranjeros que se hallen en territorio español serán tratados conforme a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, y tendrán derecho (...) a la asistencia sanitaria y a las demás prestaciones sociales, conforme a lo dispuesto en la mencionada convención y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor*”.

El artículo 24 de la Convención atribuye a los menores el derecho a la salud y a los servicios asistenciales médicos⁵⁶; por su parte, el artículo 10 de la Ley Orgánica 1/1996 señala que “*Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España*”, con lo que ha de entenderse tácitamente derogado (en el sentido de superado), debiendo afirmarse que, tras la LOEx, los menores gozan del derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles (aunque no se encuentren en situación de riesgo ni bajo tutela de la Administración), concesión ciertamente más amplia que la que hace el artículo reproducido, al otorgar la asistencia sanitaria completa.

⁵⁵ Según el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “Se entiende por Niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En el mismo sentido, el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1996 limita su ámbito de aplicación a los menores de dieciocho años de edad que se encuentren en territorio español (salvo que, al igual que hace la norma internacional, la Ley que le sea aplicable le otorgue antes la mayoría de edad).

⁵⁶ Concretamente, dispone en su primer apartado que “Los Estados partes reconocen el derecho del Niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún Niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. En el segundo apartado contempla una serie de medidas concretas para asegurar la aplicación de este derecho.

Los extranjeros menores han de solicitar igualmente la tarjeta sanitaria (con la diferencia de que no han de presentar certificado de empadronamiento), siguiéndose los trámites explicados en el apartado anterior. La tarjeta caducará de conformidad con las mismas reglas que se aplican a los españoles, salvo que antes de tal fecha, su titular alcance los dieciocho años de edad, en cuyo caso será el mes en que se cumplen los años la fecha de caducidad.

La cuestión que suscita el régimen de la LOEx en cuanto a la asistencia sanitaria de los menores radica en la doble posibilidad de que éstos gozan a la hora de acceder al derecho: lo harán como titulares por la vía del apartado tercero del artículo 12 y como beneficiarios por la del apartado primero, cuando estén a cargo del solicitante empadronado de asistencia sanitaria⁵⁷. En el primer caso, gozarán del derecho a la asistencia sanitaria como si se tratase de cualquier mayor de edad, hasta que alcancen los dieciocho años (o la edad que especifique su legislación), mientras que en el segundo, serán dependientes del titular del derecho, que es la persona a cuyo cargo se encuentran.

Junto a ambas posibilidades, se encuentra una tercera, más beneficiosa aún: los menores pueden acceder al reconocimiento de este derecho por la vía del primer apartado del artículo 12, cumpliendo el requisito del empadronamiento (que puede ser independiente si son menores emancipados) y el de la ausencia de recursos suficientes, de tal manera que continuarán siendo titulares de la asistencia sanitaria con independencia de que alcancen la mayoría de edad.

Se entiende que el artículo 12.3 LOEx está pensado para aquellos menores que se pudieran encontrar en nuestro país sin ninguna persona que se responsabilice de ellos en concepto de padre o tutor⁵⁸.

iv) Mujeres embarazadas

Como ya se señaló, el artículo 24.2 d) de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 otorga a las mujeres embarazadas el derecho a la atención sanitaria

⁵⁷ Recordemos que a la hora de solicitar la concesión del derecho a la asistencia sanitaria, el solicitante debe especificar los menores e incapacitados que tiene a su cargo, que, en caso de reconocimiento por parte de la Administración, serán beneficiarios del mismo.

⁵⁸ Según datos del Ministerio de Sanidad y Consumo, desde el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en favor de los menores extranjeros por parte de la normativa del INSALUD dictada en aplicación de la Ley del Menor, a fecha de 13 de Abril de 2000, 12.894 menores habían solicitado asistencia sanitaria, incorporándose al Sistema Nacional de Salud hasta su mayoría de edad. De ellos, el 16,5 % son hijos de padres extranjeros en situación irregular.

prenatal y postnatal, derecho ratificado por la Ley Orgánica 1/1996.

Ahora, el artículo 12, en su cuarto apartado, consolida el reconocimiento de este derecho en favor de las mujeres extranjeras que se encuentren en España, sin necesidad de que estén empadronadas y con independencia de su situación en nuestro país, de tal manera que podrán acceder a los servicios sanitarios necesarios para el seguimiento de su embarazo, parto y postparto⁵⁹, derecho que no queda restringido a aquellos problemas de salud relacionados con el embarazo y parto, sino que abarca cualquier deficiencia en la salud de la madre.

Para ello, es preciso en primer lugar la constatación médica del embarazo⁶⁰, tras lo cual debe solicitarse la expedición de un documento que acredita su situación y le da el derecho a la atención sanitaria. En este caso no se precisa la tarjeta sanitaria convencional, siendo suficiente con ese documento⁶¹.

Como resulta obvio, si la embarazada está inscrita en el padrón municipal y carece de recursos económicos suficientes, podrá acceder a las prestaciones sanitarias por la vía contemplada en el apartado primero del artículo 12 (que, claro está, integraría la asistencia a las embarazadas, como ocurre en el caso de las españolas⁶²), con la consecuente mayor permanencia del derecho, en el sentido de que no se restringiría únicamente al tiempo de embarazo, parto y postparto⁶³.

v) Resto de extranjeros

Los extranjeros que, sin ser menores, ni mujeres embarazadas, no estén inscritos en el padrón municipal ni afiliados al sistema de la Seguridad Social podrán acce-

der, nuevamente con independencia de su situación de legalidad o ilegalidad en España, a los servicios sanitarios de urgencia. En este caso no se requiere ni tarjeta sanitaria ni solicitud alguna, sino que basta con padecer enfermedad grave o haber sufrido un accidente, por cualquier causa.

El apartado segundo del artículo 12 LOEx les otorga el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia, derecho que abarca tanto las prestaciones propias de los servicios de urgencia como el posterior ingreso en los centros sanitarios y la atención que se precise hasta la situación de alta médica⁶⁴, aspecto que supone un *plus* respecto de la situación anterior a la LOEx⁶⁵.

Para el resto de los casos distintos de la asistencia sanitaria pública de urgencia, los extranjeros no empadronados o con recursos suficientes⁶⁶ quedarán enmarcados en el concepto de usuarios o “*pacientes privados*” dado por el artículo 16 LGS⁶⁷, (ello, con la consecuente asunción del gasto generado por la prestación de esos servicios⁶⁸). Frente a ellos procederá la reclamación del

⁶⁴ Como señala IÑIGUEZ HERNÁNDEZ (Comentarios a la nueva Ley de Extranjería, *Comentario al artículo 12. Lex Nova, Valladolid, 2000*, pág. 96), la expresión asistencia sanitaria pública de urgencia se contradice con la extensión de esa asistencia sanitaria hasta la situación de alta médica. Debe entenderse, pues, que los servicios de urgencia cubrirán esas primeras prestaciones sanitarias, quedando para los servicios sanitarios normales las atenciones necesarias hasta el alta médica.

⁶⁵ El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de urgencia para todos los extranjeros, así como la garantía de la misma para menores y mujeres embarazadas está causando verdaderos problemas de asistencia hospitalaria en Ceuta y Melilla, donde se están desplazando diariamente no residentes para recibir atención sanitaria.

⁶⁶ Esto es, que superen el Salario Mínimo Interprofesional.

⁶⁷ En su segundo apartado dispone que “En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud, así como los previstos en el artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados”. Por su parte, el artículo 80 se limita a señalar que el Gobierno regulará el sistema de financiación de la cobertura de la asistencia sanitaria del Sistema de la Seguridad Social para las personas no incluidas en el mismo, previsión desarrollada por el Real Decreto 1088/1989.

Para los precios que se han de pagar por las asistencias prestadas a partir del 1 de Enero de 2001, véase la Resolución de 13 de Junio de 2001, de la Dirección General del INSALUD, sobre revisión de precios a aplicar por los centros sanitarios a las asistencias prestadas, en los supuestos cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago o a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (BOE nº 154, de 28 de Junio de 2001).

⁶⁸ La facturación por la atención de este tipo de pacientes (extranjeros sin los requisitos de la LOEx o españoles ajenos al sistema de la Seguridad Social) será efectuada por las administraciones de los centros de salud, sobre la base de los costes efectivos, como señala el mismo artículo 16. Por su parte, el artículo 17 señala que “Las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos no abonarán a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la prestación de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su

⁵⁹ El Decreto 2766/1967, de 16 de Noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el régimen general ya equiparaba a nacionales y extranjeros en relación con la asistencia sanitaria por maternidad.

⁶⁰ Por cierto, con la obligación por parte del facultativo de informar en ese momento a la embarazada del derecho que le asiste a la atención sanitaria.

⁶¹ Denominado “Documento identificativo para la Asistencia Sanitaria a Mujeres Embarazadas Extranjeras”

⁶² Así se recoge en el artículo 99 del Decreto 2065/1974, de 30 de Mayo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (aún en vigor en lo referente a la asistencia sanitaria), que señala como modalidad de prestación sanitaria la atención primaria, dentro de la cual se encontraría la atención a la mujer y, en especial, el seguimiento de la mujer embarazada.

⁶³ Siguiendo igualmente los datos suministrados por el Ministerio de Sanidad y Consumo, desde Febrero de 1999, fecha en que entró en vigor la normativa del INSALUD en aplicación de la Ley del Menor, 3.463 mujeres extranjeras embarazadas han solicitado asistencia sanitaria.

importe de los servicios que hayan recibido del INSA-LUD. En esta misma situación estaban los inmigrantes que no poseían la residencia legal antes de la entrada en vigor de la LOEx, de conformidad con la LGS.

C) IMPLICACIONES DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

Bajo este epígrafe queremos hacer referencia otros aspectos del reconocimiento y garantía de la asistencia sanitaria a los extranjeros residentes en España que, si bien no están relacionados con el acceso a las prestaciones sanitarias, sí gozan de cierta relevancia dentro del régimen general de los extranjeros, al suponer requisito imprescindible para acceder a determinados permisos y visados.

Efectivamente, y sin apoyo alguno en los preceptos de la LOEx, el Real Decreto 864/2001, de ejecución de la misma, hace referencia en diversas partes de su articulado a la asistencia sanitaria en relación con la obtención de ciertos permisos. Así, requieren tener garantizada la asistencia sanitaria los siguientes artículos:

-artículo 14.5, para el visado de residencia sin finalidad lucrativa. En este caso debe acreditarse que se dispone de medios de vida suficientes para cubrir la asistencia sanitaria tanto del solicitante como de los familiares a su cargo.

-artículo 36.2 e), para las solicitudes de prórroga de estancia

-artículo 44.4 c), para las solicitudes de reagrupación familiar. Aquí se requiere un informe favorable a la reagrupación por parte de la correspondiente autoridad gubernativa de la provincia en que resida el solicitante; la solicitud del mismo deberá acompañarse de la acreditación de medios suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria.

-artículo 46 d), respecto de la solicitud inicial del permiso de residencia temporal y artículo 47 a), en relación con la renovación del mismo.

-por último, el artículo 53.2 prevé que la extinción del permiso de residencia temporal, entre otras razones, para el caso en que se deje de disponer de asistencia sanitaria garantizada, sin que se pueda acceder a ella en un plazo de tres meses contados a

partir de la notificación de tal circunstancia por parte de la autoridad gubernativa competente.

El requisito de acreditación de tener garantizada la asistencia sanitaria puede cumplirse de muy diversas formas: afiliación a la Seguridad Social, medios suficientes que permitan un seguro de asistencia sanitaria, o reconocimiento del derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 LOEx. En todo caso, vemos en ello la importancia que tiene el acceso a la asistencia sanitaria por parte de los extranjeros, la mayor parte de los cuales no van a poder suscribir un seguro (por falta de medios), ni afiliarse a la Seguridad Social (por la precariedad en el empleo y la irregularidad de muchos de los contratos de trabajo que firman los inmigrantes), no sólo en cuanto a la protección de su salud, sino también respecto de su situación legal en España y la de sus familiares.

No vamos a entrar en si el reglamento es o no legal por exigir requisitos no contemplados en la LOEx para la obtención o renovación de determinados permisos y visados⁶⁹, pero sí debemos detenernos, si quiera brevemente, en un hecho que demuestra las deficiencias técnicas con que han sido elaborados tanto la Ley como el Reglamento. Este último, como se acaba de ver, exige, por un lado, acreditación de medios de vida suficientes para el periodo de estancia o residencia que se solicita, y, por otro, tener garantizada la asistencia sanitaria pública o privada. Pues bien, cuando el extranjero posea realmente esos ingresos suficientes, no se planteará problema alguno, porque podrá cumplir ambos requisitos (el de la asistencia sanitaria, bien por vía de seguros privados, bien por afiliación a la Seguridad Social, en caso de empleo regular). Pero no puede decirse lo mismo respecto de aquéllos que realmente no tengan esos ingresos, por una sencilla razón: podrán acceder a la asistencia sanitaria por la vía del primer apartado del artículo 12 LOEx, pero no podrán acreditar medios de vida suficientes, precisamente porque, para que se reconozca la asistencia sanitaria gratuita, como sabemos, es necesario acreditar que los ingresos no alcanzan el Salario Mínimo Interprofesional y, si es así, difícilmente se va a poder acreditar que esos ingresos van a ser suficientes para el periodo para el que se solicita la residencia o para mantener a los miembros de la familia que se pretende reagrupar, por

desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias”, gastos que, en consecuencia, también deberán ser sufragados por los usuarios.

Para hacernos una idea, el gasto medio de una consulta médica en un centro de atención primaria está alrededor de las 7.000 ptas.

⁶⁹ El artículo 25 LOEx, que regula los requisitos para la entrada en territorio español, remite al reglamento de ejecución la regulación de los requisitos y documentos “que justifiquen el objeto y condiciones de estancia” y dispone que se deberán acreditar “medios de vida suficiente para el tiempo que se pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios”, sin hacer ninguna referencia a la asistencia sanitaria como requisito que permita negar la entrada en España o facilitar la expulsión.

ejemplo. En consecuencia, en muchos de los casos, el cumplimiento de uno de los requisitos impedirá el cumplimiento del segundo de ellos⁷⁰.

A esta deficiencia debemos sumar una más: el hecho de que un residente legal pueda perder su permiso de residencia por carecer de medios de vida, alojamiento o asistencia sanitaria puede llevar a intentar ocultar su situación de pobreza, absteniéndose, en consecuencia, de solicitar la asistencia sanitaria gratuita.

Por último, debemos mencionar el artículo 25 que, bajo el título de “Requisitos sanitarios”, exige que todas aquellas personas que pretendan entrar en territorio español deberán presentar en los puestos fronterizos un certificado sanitario expedido en el país de procedencia o, en su caso, someterse a reconocimiento médico por parte de los servicios sanitarios españoles para acreditar que no se padece ninguna enfermedad de las determinadas por la normativa europea o los tratados internacionales.

D) ALGUNAS CUESTIONES SIN RESOLVER

En términos generales, la rápida tramitación de la Ley, que se quiso aprobar por intereses políticos antes de cerrar la Legislatura, ha dado lugar a una norma⁷¹ de redacción deficiente y con graves defectos técnicos, como consecuencia de su origen como proposición de Ley (no pasó por las manos de los expertos en la materia).

Dado el corto espacio de tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley, son pocos los problemas prácticos que se han podido plantear en torno a la aplicación de su artículo 12. Aquí se van a señalar someramente dos de ellos, derivados más de la práctica que de la teoría, y que son, de un lado, la necesaria adaptación de los derechos reconocidos a los inmigrantes frente a los servicios sanitarios y, de otro, la legitimación para hacerlos valer.

i) Derechos de los extranjeros en relación con la asistencia sanitaria

El propio artículo 3 LGS, en su primer apartado, afirma que “Los medios y actuaciones del sistema sanita-

rio estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades”, principio que se concreta en el artículo 10⁷² en el reconocimiento de una serie de derechos, entre los cuales cabe destacar el respeto a la personalidad, dignidad humana e intimidad, información sobre los servicios sanitarios a los que se puede acceder, acceso a los medicamentos y productos sanitarios necesarios para conservar o restablecer la salud, libre elección de médico, participación, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias y⁷³ utilización de las correspondientes vías de reclamación.

El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en favor de los extranjeros que se encuentren en nuestro territorio, en los términos previstos en el artículo 12 LOEx., implica el acceso por parte de los mismos a los servicios sanitarios, la asunción de las obligaciones que de ello derivan y el disfrute de los derechos que se otorgan a los usuarios del Sistema Nacional de Salud. En este sentido, el artículo 10 LGS se aplica igualmente a los inmigrantes que tienen reconocida la asistencia sanitaria.

El problema que se plantea radica en que en la elaboración de este catálogo, la mente del Legislador pensaba más en usuarios nacionales que en usuarios extranjeros (como no podía ser de otra manera en 1986), de ahí que, con el actual incremento de estos últimos la aplicabilidad de tales derechos quede comprometida por una sencilla razón: las dificultades planteadas por la posibilidad de que profesional sanitario y paciente hablen distintos idiomas.

Entre los derechos contemplados en la lista del artículo 10, como decimos, destaca el respeto a la personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que haya lugar para discriminación alguna (sin duda, uno de los de mayor aplicabilidad y que mejor protección ofrece a los usuarios extranjeros); junto a él, se atribuyen otra serie de derechos que podríamos calificar de “administrativos”, por estar relacionados con la elección de médico, la información sobre diagnósticos, la elección de tratamiento, o la posibilidad de reclamar.

⁷⁰ Con estos requisitos se persigue claramente expulsar a aquellos inmigrantes que se puedan encontrar en nuestro país carentes de medios de vida: si poseen asistencia sanitaria es porque están afiliados a la Seguridad Social, como consecuencia del desarrollo de un empleo regular, o porque han accedido a ella por la vía de la insuficiencia de recursos. En el primer caso, no se plantea ningún problema; en el segundo, se puede tener asistencia sanitaria, pero la falta de recursos suficientes (que precisamente permite acceder al derecho), hace posible la extinción de los permisos de residencia o la denegación de solicitudes de reagrupación.

⁷¹ Como manifiesta de entrada la ausencia de Exposición de Motivos.

⁷² El artículo 11 contempla las obligaciones de los usuarios del sistema sanitario público, entre las cuales se encuentran el cumplimiento de las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes para toda la población y el uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario.

⁷³ Para un estudio de estos derechos, véase BEATO ESPEJO: “Derechos de los usuarios del sistema sanitario a los diez años de la aprobación de la Ley General de Sanidad”, en *Revista de Administración Pública*, nº 141 1996 (págs. 25-60), in totum.

Junto a todos ellos, el segundo apartado del citado artículo otorga el derecho a la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso, derecho fundamental en relación con el acceso a la asistencia sanitaria, dado que la tramitación del reconocimiento del mismo se efectúa principalmente en los centros de salud, donde, de conformidad con lo dicho, se deberá informar correcta (y comprensiblemente, debemos añadir) al potencial usuario de los servicios sanitarios españoles.

No pocos son los problemas que pueden derivarse de la falta de conocimiento de idiomas en los centros de salud; por supuesto, sería materialmente imposible que en cada zona básica de salud existieran tantos traductores como lenguas residentes en la misma. Sin embargo, sí que hay que llamar la atención a las Administraciones sanitarias sobre este punto con el fin de intentar resolver este obstáculo, bien en colaboración con el resto de personal de los centros sanitarios (trabajadores sociales) bien con la ayuda de los centros de atención a extranjeros que puedan existir en el municipio.

Tampoco son triviales las consecuencias negativas pasa el acceso de los inmigrantes al sistema sanitario que se pueden derivar de la falta de información (esta vez, con independencia del idioma) o por la información incorrecta que se les puede suministrar⁷⁴, no sólo por tratarse de un derecho expresamente reconocido en la Ley General de Sanidad en favor de todos los usuarios del sistema, sino además, por ser esencial para facilitar (o, mejor dicho, posibilitar) el cumplimiento de lo previsto en el artículo 12 LOEx: sin una información amplia y eficaz por parte de los organismos públicos correspondientes (básicamente, entidades de la Seguridad Social, centros de salud y hospitalarios y entidades municipales), el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria quedará en una mera declaración legal que no cumplirá su objetivo, que no es otro sino prestar los servicios sanita-

rios en las personas en favor de las cuales se reconoce tal derecho.

Actualmente está en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley sobre los Derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, y a la documentación clínica⁷⁵, que tiene por objeto determinar el derecho del paciente a la información concerniente a la propia salud y regular la historia clínica de los pacientes de los servicios sanitarios, como señala su primer artículo. Desgraciadamente no se hace mención alguna a la información a extranjeros que se puedan encontrar con la problemática más arriba indicada. Sería recomendable aprovechar esta oportunidad para hacerlo.

Importante es, por último, destacar el artículo 16. Este precepto señala que *“Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos”*, de lo cual se debe deducir el respeto al principio de igualdad en la prestación del servicio público que constituye la sanidad, se sea español o extranjero (siempre que, claro está, se sea titular del derecho a la asistencia sanitaria)⁷⁶

ii) Legitimación

Un problema planteado por DÍAZ MARTÍN⁷⁷ en relación con la legitimación tanto administrativa como judicial para ejercer el derecho a la asistencia sanitaria se presenta en relación con la contradicción entre la LGS y la LOEx. Efectivamente, la primera, como sabemos, reconocía el derecho a la asistencia sanitaria en favor de los extranjeros que residiesen legalmente en España, de tal manera que sólo ellos podían exigir el mismo y recurrir la denegación de su concesión. Sin embargo, con la entrada en vigor de la LOEx y la extensión de la asistencia sanitaria a todos los extranjeros, con independencia de la regularidad o irregularidad de su situación, la legitimación para hacer valer este derecho ha de otorgarse a todos aquellos que cumplan los requisitos marcados en la

⁷⁴ La desinformación (o, incluso peor, errónea información) en relación con la posibilidad de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria queda patente en la propia página web del Ministerio de Sanidad y Consumo, donde, en la sección “Preguntas Frecuentes”, podemos encontrar respuestas basadas en la regulación anterior a la LOEx, que no han sido adaptadas. Por ejemplo, a la pregunta “No soy ciudadano comunitario, ¿tengo derecho a asistencia sanitaria?”, se responde lo siguiente: “Los usuarios de países no comunitarios tienen derecho a recibir Asistencia Sanitaria solamente en aplicación de los posibles Convenios Bilaterales suscritos con España en materia de Seguridad Social para Prestaciones Sanitarias”.

Ello a pesar de lo Dispuesto en la Disposición Final 7ª, en virtud de la cual el Gobierno adoptará las medidas necesarias para informar a los diferentes colectivos relacionados con la inmigración, tanto públicos como privados, sobre los cambios que supone la aplicación de la LOEx.

⁷⁵ Proposición 124/000002, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie B, nº 134, de 27 de Abril de 2001. Por cierto, esta proposición de ley es copia de la Ley catalana 21/2000, de 29 de Diciembre, con el mismo título.

⁷⁶ Aunque, como se dijo, la titularidad del derecho a asistencia sanitaria otorgada a los extranjeros por la LGS no se hace en condiciones de igualdad respecto de los españoles, sí que se exige el cumplimiento de este principio en relación con la prestación de la misma, una vez reconocida la titularidad. Tras la LOEx, sin embargo, tanto los extranjeros afiliados a la Seguridad Social como los que, por el artículo 12, poseen derecho a la asistencia sanitaria, accederán al sistema y recibirán las prestaciones sanitarias de igual manera que los propios nacionales.

⁷⁷ Comentarios a la Ley de Extranjería, (Dir. José Asensi Sabater), op. cit. (pág. 90)

ley (esto es, extranjeros empadronados y carentes de recursos suficientes, menores o mujeres embarazadas o, en el caso de la asistencia sanitaria pública de urgencia, a todo extranjero). Así se deriva de los artículos 20, para la vía judicial y 21, para la administrativa. Además, podrán beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.

3. NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El artículo 149.1 16ª atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos. Por su parte, el artículo 148.1 20ª y 21ª otorga a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir competencias sobre las materias de asistencia social y de sanidad e higiene, respectivamente.

Las Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias en materia de sanidad paulatinamente, primeramente en materia de beneficencia y asistencia social y finalmente en el resto de las materias, hasta llegar a la situación de transferencia completa por parte del Estado. De esta forma, las Comunidades Autónomas disponen de su propia legislación sobre esta materia.

En la mayor parte de los casos, la normativa autonómica se limita a reproducir lo previsto en la LGS en relación con la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria, considerando beneficiarios del mismo a los “residentes en el territorio de la Comunidad”, a todos los “ciudadanos”, o a los “españoles y extranjeros residentes”, dependiendo de los casos.

Excedería del objeto de nuestro estudio el análisis de las distintas leyes autonómicas sobre ordenación sanitaria y prestación de los servicios sanitarios. Sin embargo, sí es necesario destacar la iniciativa que han adoptado dos Comunidades Autónomas en relación con el tema que estamos estudiando. Efectivamente, Navarra y la Comunidad Valenciana han promulgado sendas normas con atención específica a los extranjeros y su asistencia sanitaria, cuyos rasgos más importantes exponemos a continuación.

En primer lugar, Navarra, mediante la Ley Foral 2/2000, de 25 de Mayo, de modificación de la Ley Foral 10/1990, de 23 de Noviembre, de Salud, ha procedido expresamente a extender la cobertura de asistencia sanitaria del sistema sanitario público de esa Comunidad a todos los inmigrantes que se encuentren en la misma.

Partiendo del artículo 3 de la Ley que modifica, que atribuye el derecho a la asistencia sanitaria pública dentro

del territorio foral a todos los ciudadanos residentes en cualquiera de sus municipios, y siendo consciente de que la asistencia sanitaria no es plenamente universal en la comunidad, por encontrarse fuera del sistema los inmigrantes ilegales⁷⁸, la Comunidad Autónoma ha procedido a modificar el mencionado artículo 3, dándole el siguiente tenor literal: “La asistencia sanitaria dentro del territorio de la Comunidad Foral se extenderá a todos los ciudadanos y ciudadanas residentes en cualquiera de los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa”. Además, con el fin de no dejar ese nuevo tenor literal en una mera declaración de intenciones, señala que el Gobierno de Navarra incluirá en los Presupuestos de la Comunidad una financiación complementaria y específica para los beneficiarios del programa de asistencia sanitaria a extranjeros que existe en la misma.

Aunque no añade nada nuevo a la LOEx, esta iniciativa contribuye a aclarar la situación legal reguladora del derecho a la asistencia sanitaria en favor de los extranjeros.

Por su parte, la Comunidad Valenciana ha emanado el Decreto 26/2000, de 22 de Febrero, por el que se establece el derecho a la asistencia sanitaria a ciudadanos extranjeros en la Comunidad Valenciana y se crea la tarjeta solidaria. Al igual que la Comunidad Navarra, con la finalidad de equiparar a los inmigrantes irregulares con los que tienen legalizada su situación, dispone en su primer artículo que la asistencia sanitaria se reconocerá en la Comunidad en la forma que se expresa en la LOEx. Sin embargo, el segundo apartado de su artículo Segundo va más allá al reconocer transitoriamente el derecho a la asistencia sanitaria a aquellos extranjeros que, aunque no estén empadronados, carezcan de recursos económicos suficientes, mientras normalizan su situación administrativa⁷⁹.

Con la finalidad de prestar los servicios sanitarios a los extranjeros que se encuentran irregularmente en el territorio de la Comunidad se crea la Tarjeta Solidaria

⁷⁸ Unos 2000 de los 8.000 residentes en Navarra, según su Exposición de Motivos. Hasta el momento, se les venía atendiendo en virtud de un Acuerdo del Gobierno de Navarra de 23 de Junio de 1997 para casos de urgencia solamente.

⁷⁹ Concretamente, contiene el siguiente tenor literal: “Los extranjeros no empadronados que se encuentren en la Comunidad Valenciana tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. No obstante lo anterior, la Conselleria de Sanidad ampliará la cobertura sanitaria para este colectivo, cuando carezca de recursos económicos, a las condiciones señaladas en el apartado 2.1, mientras normalizan su situación administrativa” (énfasis añadido).

(especie de tarjeta sanitaria), que se solicita a través de los trabajadores sociales de los centros sanitarios y de los Ayuntamientos y se expide por un periodo de un año, ampliable en los casos en que no se haya podido normalizar su situación administrativa por causas objetivas.

Para extranjeros empadronados, menores y mujeres embarazadas se siguen las mismas reglas que establece la LOEx⁸⁰.

IV.- CONCLUSIÓN

En las presentes líneas se ha intentado destacar la importancia de la nueva regulación introducida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, en relación al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en favor de los extranjeros, al establecer (y extender), por primera vez en nuestro ordenamiento, de forma clara, expresa y uniforme, la posibilidad de disfrute del mismo por parte de éstos en condiciones de igualdad con los españoles, disociándose del derecho a la Seguridad Social y, lo más importante, con independencia de su situación de legalidad o ilegalidad en nuestro país, algo que, sin duda, es un paso relevante de cara a su integración social.

Efectivamente, el acceso de los inmigrantes a la atención sanitaria no puede sino ser valorado positivamente; en principio, como vienen reiterando incansablemente los expertos en sanidad, la población inmigrante no trae enfermedades por sí sola, porque “no emigra el que quiere, sino el que puede”; ahora bien, su situación precaria al llegar al país de destino (hacinamiento en las viviendas, pobreza, marginación) y la ruptura con los vínculos familiares y sociales (trastornos psicossomáticos y de salud mental) sí puede provocar la aparición de las mismas, de ahí que una adecuada atención sanitaria (permitida por el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria) pueda contribuir a evitar o, en su caso, curar, esas deficiencias de salud.

Dice en su inicio la Exposición de Motivos de la Ley General de Sanidad que “*Es, en efecto, un dato histórico fácilmente verificable que las respuestas públicas al reto que en cada momento ha supuesto la atención a los problemas de salud de la colectividad han ido siempre a la zaga de la evolución de las necesidades sin conseguir nunca alcanzarlas, de manera que se ha convertido en una constante entre nosotros la inadaptación de las estructuras sanitarias a las necesidades de cada época*”; aunque dichas en otro contexto, estas palabras son igualmente aplicables al reconocimiento del derecho

a la asistencia sanitaria en favor de los extranjeros que residen legal o ilegalmente en España. El principio de universalidad, que rige en nuestro sistema sanitario, sin distinguir entre nacionales o extranjeros, comunitarios o no comunitarios, legales o ilegales, hace siempre referencia al concepto de ciudadano como beneficiario del mismo; está claro que aún no se ha cumplido en su totalidad, y que son muchos los extranjeros que quedan fuera del sistema, pero se ha dado un paso importante en ese sentido.

En un país como España, en el que la mano de obra extranjera va a ser absolutamente necesaria a la vuelta de unos años y en el que los extranjeros aportan al Estado mucho más de lo que éste gasta en ellos⁸¹, el Gobierno, el Parlamento y la sociedad en general no ha de escatimar esfuerzos para conseguir la integración social de los extranjeros y la apertura de los nacionales⁸². En este sentido, damos la bienvenida al artículo 12 de la nueva Ley de Extranjería.

⁸¹ Según datos publicados en El País, de 31 de Julio de 2000, en 1998, el Estado español gastó 148.000 millones de ptas. en los inmigrantes, mientras que estos aportaron a las arcas de nuestro país, mediante impuestos y cuotas de Seguridad Social, 335.000 millones.

La misma conclusión se desprende de un informe encargado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través del Observatorio Permanente de la Inmigración, con el título de Estudio sobre el coste adicional de la cobertura de asistencia sanitaria de la seguridad social a los extranjeros, de 28 de Diciembre de 1999.

⁸² En Octubre del 2000 se creó en el seno de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados una Subcomisión para el estudio y elaboración de un programa global en materia de extranjería, a desarrollar por el Gobierno. El mencionado programa, ha sido finalmente promulgado por la Resolución de 17 de Abril de 2001 de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración (BOE de 27 de Abril), bajo el nombre de Programa GRECO, y con una vigencia de cuatro años (2001-2004). De las 72 medidas en él previstas, a desarrollar por los diferentes Ministerios implicados en la materia, tres son relativas a la asistencia sanitaria de la población inmigrante, que, como señala el propio programa, ha pasado de estar formada por 198.042 extranjeros residentes en 1981 a 801.329 en 1999 (a los que habría que sumar los que se encuentran ilegalmente en territorio español), si bien la mayor parte de ellos proceden países de la Unión Europea. Partiendo de la afirmación de que “El catálogo de derechos y obligaciones que los españoles nos hemos concedido en la Constitución y en nuestras Leyes es el que ha de beneficiar a todas las personas y a sus familias cuando vienen a convivir entre nosotros como residentes y constituir así su mejor marco de integración”, establece entre sus acciones la integración de los residentes extranjeros y sus familias que contribuyen activamente al crecimiento de España, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio de los derechos de que son titulares, entre ellos, la asistencia sanitaria.

Junto con la elaboración de ese programa, la Subcomisión está encargada del seguimiento del fenómeno de la inmigración. En este sentido, en relación con la asistencia sanitaria, ha comparecido en la Subcomisión un experto en Medicina Tropical aceptado por todos los grupos, que ha pedido una mayor coordinación y la elaboración de unos protocolos comunes para mejorar el seguimiento médico de los inmigrantes ilegales, si bien dejando claro que éstos no poseen problemas graves de salud.

⁸⁰ Véase Resolución de 8 de Febrero de 1999, para los menores.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*. Madrid, Civitas, 1989.
- APRAIZ MORENO, F.: *Derecho de Extranjería*. JB, Barcelona, 1998.
- BALLESTER PASTOR, M.A.: *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*. Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- BEATO ESPEJO, M.: “El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad”(I), en *Revista de Administración Pública*, nº 119, 1989, (págs. 379-418)
- “El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad” (II), en *Revista de Administración Pública*, nº 120, 1989 (págs. 381-400)
- “Derechos de los usuarios del sistema sanitario a los diez años de la aprobación de la Ley General de Sanidad”, en *Revista de Administración Pública*, nº 141, 1996 (págs. 25-60).
- BERMEJO VERA, J.: *Derecho Administrativo. Parte Especial* (Tercera Edición). Civitas, Madrid, 1998.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España*, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J.,M.: *El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional*. Civitas, Madrid, 1984.
- FREIXES, T.; REMOTTI CARBONELL, J.C.: “Los derechos de los extranjeros en la Constitución Española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Político*. nº 44, 1998. Pgs. 103-141.
- GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución* [Comentario al artículo 43]. Civitas, Madrid, 1985.
- HURTADO GONZÁLEZ, en “*Derecho a la protección de la salud y derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social*”, *Tribuna Social*, nº 78, 1997 (págs. 20-31)
- MANSILLA IZQUIERDO, P. P.: *Reforma sanitaria: Fundamentos para un análisis*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986
- MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1979
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995
- “La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 57, 2000 (págs. 49-65)
- PAREJO ALFONSO, L.: “Constitución, Sistema Nacional de Salud y sus formas de organización”, en *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2001 (págs. 11-44).
- PEMÁN GAVÍN, J.: “Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 97, 1998
- “Sobre el proceso de desarrollo y aplicación de la ley general de sanidad : balance y perspectivas”, en *Derecho y salud*, nº 2, 1999, (págs. 1-34)
- PUERTA SEGUIDO, F.: “La Sanidad”, en *Derecho Autonómico de Castilla-La Mancha* (Director Luis Ortega). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: “Derechos de los trabajadores extranjeros”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 86, 1997. Pg. 863-903.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J.: “La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. nº 103, 1999. Pgs. 171-185.
- SERRANO ALBERCA, J.M.: *Comentarios a la Constitución* [Comentario al artículo 13]. Civitas, Madrid, 1985.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: “La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social”, en *Actualidad Laboral*. nº 39, 1998. Pg. 727-737.
- TOLOSA TRIBIÑO, C.: “El principio de igualdad ante la ley y los extranjeros en España”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. nº 430, 2000. Pgs. 1-4.
- VV.AA.: *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, (coord. Pablo Santolaya Machetti), Lex Nova, Valladolid, 2000
- VV.AA. :*Comentarios a la Ley de Extranjería*,(Dir. José Asensi Sabater), Edijus, Zaragoza, 2000
- VV.AA.: *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidade da Coruña, Servicio de Publicacions, A Coruña, 1999
- VV.AA.: *El futuro de la Sanidad española. Un proyecto de reforma*, Exlibris Ediciones, Madrid, 1999.

