Clínica Jurídica

Informe sobre el acceso a la sanidad de personas extranjeras en la Comunidad de Madrid

Covadonga Cabrero Martínez | Javier Canales Luna | Daniel Cuervo Valverde
Andrea González de Manueles | Joaquín María Herrero Álvarez | Sergio Nin Sánchez

unir LA UNIVERSIDAD EN INTERNET

Índice

1. Atención sanitaria de personas extranjeras: contexto legal - pág 03

- Derecho a la atención sanitaria de personas extranjeras en el derecho internacional - pág 03
- Derecho a la atención sanitaria de personas extranjeras en españa - pág 04

2. Acceso a la sanidad de personas extranjeras en el real decreto-ley 7/2018 -pág 06

- Asistencia sanitaria gratuita de personas extranjeras en situación irregular - pág 07
- Recomendaciones sobre el procedimiento a seguir por las personas extranjeras en situación irregular para recibir atención médica en españa - pág 11

3. La situación en la comunidad de madrid - pág 16

- La situación en 2012 - pág 16
- La situación en 2018 - pág 17

4. Casos observados en la práctica - pág 19

5. Anexos -pág 24

- Derecho a la atención sanitaria en otras comunidades autónomas - pág 24
- El padrón: fuente de inspiración para mejorar el acceso a la sanidad de personas extranjeras en situación irregular en la comunidad de madrid - pág 26

1. Atención sanitaria de personas extranjeras: contexto legal

Derecho a la atención sanitaria de personas extranjeras en el derecho internacional

La salud es un estado de bienestar físico, mental y social completo y su goce debe considerarse un derecho fundamental sin importar su religión, raza, ideología política o condición económica o social (Constitución de la OMS)[1]. En el **ámbito jurídico internacional**, la salud se considera un derecho humano y así lo recoge la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)[2]. Este documento asegura que toda persona debe disfrutar de seguridad social a cargo de los recursos estatales y de cooperación internacional. Este mismo derecho se reconoce en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales (ICESCR)[3], del cual España es un Estado parte desde el año 1976. A pesar de que no se haga alusión expresa a la gratuidad de las prestaciones, este tratado considera que los Estados deben comprometerse a tomar medidas para garantizar la plena efectividad de los derechos que reconocen.

A nivel europeo, el derecho a la salud y acceso a atención sanitaria se reconoce tanto en los Tratados constitutivos de la Unión Europea[4], la Carta de Derechos fundamentales de la UE (CDFUE)[5], así como en la Carta Social Europea (CSE)[6], aprobada por los Estados miembros del Consejo de Europa, y otros documentos legislativos[7]. En estos textos se reconoce el derecho a la asistencia médica[8], así como el compromiso de los Estados de aplicar este derecho sin discriminar, tanto a sus nacionales como a aquellos que se encuentren legalmente en su territorio.

En el ámbito del derecho europeo, la Directiva 2000/43/EC relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, aplicable a trabajadores, autónomos,

(1) Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), 22 de julio de 1946 . (2) Artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), 10 de diciembre de 1948. (3) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR),16 de diciembre de 1966.(4) El Tratado de la Unión Europea (TUE) de 7 de febrero de 1992 firmado en Maastricht y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE de 13 de diciembre de 2007 firmado en Lisboa.(5)Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2000. (6) Carta Social Europea (CSE), 3 de mayo de 1996. (7) Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.(8) E.g., artículo 168 TFEU, artículo 35 CDFEU o artículo 13 CSE.

personas que han tenido que interrumpir su actividad por causas fuera de su control y personas que busquen empleo o que estén retiradas. Esta Directiva sostiene que el principio de igualdad debe ser respetado en todos los ámbitos.

Por otro lado, la Directiva 2011/95/EU9 tiene como objetivo establecer las normas y requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Ésta ordena a los Estados miembros proteger la salud de aquellos refugiados, apátridas, personas en riesgo en caso de vuelta a sus países de origen, menores y menores no acompañados de igual manera que protege la de sus nacionales.

Derecho a la atención sanitaria de personas extranjeras en España

En España, el **Artículo 43 de la Constitución Española de 1978** (en adelante CE) reconoce el derecho a la protección de la salud, y establece que *"Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto"*. Para garantizar el derecho a la salud, España ha optado por un Sistema Nacional de Salud en el que las prestaciones sanitarias son **universales y gratuitas**, y que se financia a cargo de los ingresos generales del Estado.

La creación de un Sistema Nacional de Salud en nuestro país arranca con la **Ley 14/1986,** de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS)[10], concibiéndose como el conjunto de los servicios de salud de CCAA convenientemente coordinados. Si bien el Estado conserva competencias en materia de bases y coordinación general de la sanidad (tal y como dispone el artículo 149.1.16 CE), la LGS parte de un principio claramente autonomista, sustentado sobre la base de las CCAA, para conseguir así una mejora de la gestión sanitaria en España.

Con la voluntad de contención del gasto como respuesta a la recesión durante la crisis económica[11], la reforma emprendida a través del **Real Decreto-ley 16/2012**, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad de sus prestaciones[12], tenía como objetivo un importante ahorro en el gasto sanitario público, para lo que se requería la implantación de cambios de gran alcance para el Sistema Nacional de Salud.

Desde la perspectiva del acceso a la sanidad pública, el Real Decreto introdujo un cambio de notable calado, **restringiendo dicho acceso a quienes ostenten la condición de asegurado** con derecho a recibir asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud

(9) Directiva2011/95/UE de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. (10)Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE Núm. 102 del 29 de abril de 1986). (11)Párrafo I del preámbulo del Real Decreto-ley 16/2012. (12) Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE Núm. 98, de 24 de abril de 2012).

(véase artículo 1). La norma supuso la modificación del artículo 3 de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que en su redacción previa reconocía la universalidad efectiva del derecho a la prestación sanitaria. Así, **aquellas personas extranjeras que se encontrasen en España, pero sin permiso de residencia regularizado, no eran considerados asegurados y, por tanto, su derecho a la asistencia sanitaria no estaba garantizado.** No obstante, cabe indicar que las personas extranjeras no registrados ni autorizados como residentes en España podrían recibir asistencia sanitaria en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que fuese su causa, hasta la situación de alta médica.

También por asistencia al embarazo, parto y postparto. En el caso de los menores de 18 años, estos recibían asistencia en las mismas condiciones que los españoles (véase artículo 3. ter)[13]. La condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud fue desarrollada en el **Real Decreto 1192/2012**[14]. Por otra parte, el **Real Decreto 576/2013**[15] reguló el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria para aquellas **personas que no tuvieran la consideración de asegurados, habilitando una vía de acceso a la sanidad mediante pago de contraprestación.** Sin embargo, en 2018 se aprobó el **Real Decreto-ley 7/2018**[16], que representa la última gran reforma de calado del sistema de salud.

(13) Dichas excepciones se encontraban anteriormente recogidas en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de las personas extranjeras en España y su integración. Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, este artículo, que en su redacción anterior también garantizaba con carácter general el acceso a la sanidad de las personas extranjerasque tuvieran su residencia habitual en España en las mismas condiciones que los españoles, quedaba reducido a un solo párrafo: "Las personas extranjeras tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria". Adviértase que, con la modificación del Real Decreto 16/2012, el acceso a la sanidad para personas extranjeras ha pasado de estar protegido por una norma con rango de ley orgánica a una norma con rango de ley ordinaria, facilitando así la politización de esta cuestión, ya que basta con una mayoría parlamentaria simple para volver a cambiar la ley. (14) Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (BOE Núm. 186, de 04 de agosto de 2012). (15) Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (BOE Núm. 179, de 27 de julio de 2013). (16) Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud (BOE Núm. 183, de 30 de julio de 2018).

2. Acceso a la sanidad de personas extranjeras en el Real Decreto-Ley 7/2018

Como se ha mencionado anteriormente, la entrada en vigor del RDL 1192/2012 supuso una limitación del acceso al Sistema Nacional de Salud, dejando fuera de la atención sanitaria gratuita a personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España. El objetivo principal del RDL 7/2018, aprobado en julio de 2018 siguiendo el procedimiento de urgencia, fue revertir esta situación. Así se desprende del preámbulo del texto, que afirma que la medida *"obedece fundamentalmente a la necesidad de garantizar la universalidad de la asistencia, es decir, a garantizar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en el Estado español"* [17]. Igualmente, en la exposición de motivos se reconoce que el **acceso a la sanidad en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho primordial de toda persona sobre el que no cabe discriminación, y cuyo efectivo ejercicio es especialmente importante en el caso de colectivos vulnerables en riesgo de exclusión social como es el caso de los inmigrantes en situación irregular.**

Para conseguir este objetivo, el RDL 7/2018 ha vuelto a modificar el artículo 3 de la Ley 16/2003 que establece quiénes son los titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria.

¿Quiénes son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria?

De conformidad con el actual artículo 3 de la Ley 16/2003, **TODAS las personas que *"tengan establecida su residencia en el territorio español"* tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria. Esto implica que no sólo los españoles son titulares, sino que también gozan de este derecho todos las personas extranjeras que residan en España, independientemente de su nacionalidad**[18] y de su situación administrativa, dado que el nuevo texto no exige residencia legal, sino únicamente residencia efectiva para ser titular del derecho.

Además, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 3 de la Ley 16/2003, el derecho a la asistencia sanitaria pública se desvincula de la cotización a la Seguridad Social. Esto significa que **no es necesario tener un trabajo ni ser beneficiario de una pensión para tener acceso al sistema sanitario español.**

(17) Exposición de motivos, párrafo 10. (18) Véase artículo 3.1 Ley 16/2003.

En conclusión, la actual redacción de la Ley 16/2003 garantiza el derecho de asistencia sanitaria a todos aquellos que tengan establecida su residencia en el territorio español. Todas estas personas deben, por tanto, ser atendidas en los servicios de salud en las mismas condiciones que los españoles.

¿Quiénes son beneficiarios de la asistencia sanitaria gratuita?

La firme apuesta por la universalidad que impregna la exposición de motivos contrasta con algunos elementos presentes en el desarrollo del RDL 7/2018, que ponen en entredicho la utilidad de la norma para garantizar el acceso universal a la sanidad. En particular, tras reconocer el derecho a la protección de la salud con carácter universal, la **Ley introduce una distinción entre la titularidad del derecho y su ejercicio de forma gratuita o a cargo a fondos públicos.**

Esto implica que, aunque actualmente la Ley reconozca el acceso a la sanidad para todas las personas residentes en España, independientemente de su situación administrativa, no todos los titulares gozan, automáticamente, de la facultad de ejercer este derecho gratuitamente. En este punto, la norma distingue entre dos grupos, españoles y personas extranjeras con permiso de residencia, por un lado, y personas extranjeras en situación irregular por otro. Mientras que los primeros gozan automáticamente de atención sanitaria gratuita[19], para las personas incluidas en el segundo grupo la atención sanitaria sólo será gratuita si cumplen una serie de condiciones. Estas condiciones se encuentran enumeradas en el artículo 3 ter y serán objeto de un análisis más detallado en el siguiente apartado.

En conclusión, aunque el RDL 7/2018 ha supuesto el retorno a un sistema de atención sanitaria universal, siguen existiendo distinciones entre grupos. Si bien la universalidad y la gratuidad del acceso a la sanidad son ideas conceptualmente diferentes, en algunas ocasiones es muy difícil tratarlas de forma independiente.

Por ejemplo, cuando se trata de colectivos en riesgo de exclusión social, la situación de falta de recursos en la que normalmente se encuentran estos colectivos podría llegar constituir de facto una barrera para el acceso a la sanidad, al tener que abonar la totalidad o parte del coste del servicio.

Asistencia sanitaria gratuita de personas extranjeras en situación irregular

Como señalamos arriba, si bien es cierto que las *"personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España"* tienen el mismo derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria que los españoles y a las personas extranjeras regulares[20], el apartado segundo del artículo 3 ter, impone una serie

(19) Artículo 3.2 de la Ley 16/2003. (20) Véase artículo 3 ter 1 de la Ley 16/2003.

de condiciones que las personas extranjeras en situación irregular deberán cumplir para poder hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, o dicho de otro modo, gratuitamente. De esta forma, la Ley distingue entre la titularidad del derecho y su ejercicio de forma gratuita, implicando que aquellas personas extranjeras en situación irregular que no cumplan con las condiciones previstas en este artículo, si bien deberán ser atendidos, estarán obligados a cubrir por sí mismos los gastos que su asistencia ocasione.

¿Quiénes son "personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España"?

Para comprender bien el significado y alcance de este artículo es importante saber, en primer lugar, qué colectivos se encuentran comprendidas en la categoría de *"personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España"* y quedan, por tanto, sujetas a las condiciones del artículo 3 ter. En primer lugar, el artículo 3 ter se aplica:

- Todas aquellas personas que entren en España de forma irregular, y mientras que no regularicen su situación.
- Asimismo, también comprende aquellas personas que, si bien han entrado en España de forma regular, permanecen en el territorio con posterioridad a la expiración de su permiso sin obtener una prórroga del mismo o un nuevo permiso.

Esto incluye tanto a aquellas personas que entran en España con un permiso de estancia de hasta 90 días [21] y, llegado este momento, no han obtenido la correspondiente prórroga de estancia ni un permiso de residencia temporal, como aquellas que, habiendo ostentado un permiso de residencia[22], no han conseguido su renovación.

¿Qué requisitos deben cumplir las personas extranjeras en situación irregular para tener asistencia con cargo a fondos públicos?

Teniendo claro quiénes son las personas afectadas por el artículo 3 ter, procede examinar los requisitos que este precepto exige para poder beneficiarse de asistencia sanitaria gratuita. El apartado 2 exige el cumplimiento de tres condiciones para que la asistencia sanitaria prestada a las personas extranjeras en situación irregular sea gratuita. En concreto:

- *No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable.* Este es el caso, por ejemplo, de los ciudadanos de otro Estado miembro de la Unión Europea que pretendan residir en España por un periodo de tiempo superior a tres meses y que, de acuerdo con el artículo 7.1.b) del Real Decreto 240/2007[23], están obligados a disponer para sí y para los miembros de su familia de un seguro médico que cubra todos los riesgos en España.

(21) Situación de estancia conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de las personas extranjeras en España y su integración social (en adelante LOEx). (22) Conforme a los artículos 31 o 32 de la LOEx. (23) Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

- *No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia.* Por ejemplo, los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea pueden exportar las prestaciones sanitarias de su país de origen en virtud del artículo 17 del Reglamento n.º 883/2004[24].
- *"No existir un tercero obligado al pago"* Como, por ejemplo, una compañía aseguradora, si el paciente contase con un seguro médico que cubriese la asistencia sanitaria recibida.

Debemos destacar que se trata de requisitos formulados en negativo, es decir, que exigen a la persona extranjera probar la inexistencia de determinadas condiciones, como la inexistencia de un tercero (por ejemplo, una aseguradora) obligado al pago, o la imposibilidad de exportar la cobertura de su país de origen. Por ello, se trata de condiciones difíciles de probar. Por ejemplo, lo más habitual será que su Estado de origen no emita certificaciones de la falta de cobertura fuera del territorio nacional. Incluso en el caso de que existiera este tipo de certificación, su obtención será extremadamente difícil, sino imposible para la persona extranjera que se encuentra fuera del Estado del que debe obtener la documentación.

Además del cumplimiento de los requisitos anteriores, las personas extranjeras que se encuentren en situación de "estancia temporal" deben obtener también **un informe favorable de los servicios sociales para la obtención del documento identificativo**. En la práctica, parece que este precepto se viene aplicando a las personas extranjeras que se encuentran en la situación de estancia a la que hace referencia el artículo 30 LOEx, esto es, que lleven menos de 90 días en España y también a aquellos que, aun llevando más tiempo, no pueden probarlo[25].

Este precepto podría servir de ayuda a las personas extranjeras que se encuentran en situación de estancia, en vista de las restricciones introducidas por algunas Comunidades Autónomas, que requieren la presencia en su territorio durante un periodo mínimo de tiempo[26] para conceder el documento identificativo que posibilite el acceso a la atención sanitaria[27].

Los períodos mínimos de residencia exigidos pueden servir para evitar el denominado "turismo sanitario" y asegurar que las personas atendidas pretenden verdaderamente establecerse en territorio español y que no han venido únicamente por la conveniencia de someterse aquí a algún procedimiento médico. Sin embargo, en la práctica también tienen el efecto de dificultar el acceso de personas que están efectivamente establecidas en el territorio español, pero sin poder probar la duración de su estancia. El RDL 7/2018, hace obligatorio en estos casos la obtención de un informe de los servicios sociales. Este informe podría servir para "romper una lanza a favor" de los afectados y aclarar, en los casos en los que proceda, que no se trata de turistas sanitarios si no de personas extranjeras que han venido a establecer su residencia al territorio español.

(24) Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, (25) Ib., p. 5; (26) Normalmente 3 meses (27) Ib., pp. 5-6.

Procedimiento para acreditar el cumplimiento de las condiciones y obtener la atención sanitaria con cargo a fondos públicos

Las personas que cumplan con las 3 condiciones señaladas deben obtener un documento certificativo que acredite que pueden recibir la atención sanitaria de forma gratuita. **La Ley 16/2003 no establece el procedimiento para la solicitud y expedición este documento certificativo, sino que deja su regulación en manos de las Comunidades Autónomas**[28]**.** Esto implica que existe un documento esencial para la efectividad del derecho otorgado a las personas extranjeras en situación irregular por el RDL 7/2018, cuyo procedimiento de solicitud y expedición puede diferir sustancialmente según la Comunidad Autónoma en que nos encontremos.

En el caso de la Comunidad de Madrid, como señalaremos más adelante, en la actualidad **no existe una norma que establezca un procedimiento claro para la obtención de este documento.**

La regulación de procedimiento no resulta baladí dado que la no obtención del documento certificativo puede suponer importantes problemas prácticos a la hora de poder acceder a la sanidad gratuitamente. A través de este procedimiento se controlará que las personas extranjeras en situación irregular cumplen con los requisitos exigidos. La forma y el grado de exigencia en la prueba del cumplimiento de estos tres requisitos es esencial. **Una exigencia probatoria muy alta podría llevar a la exclusión de personas extranjeras que, a pesar de cumplir las tres condiciones, no tienen los medios para probarlo.**

En cualquier caso, conviene destacar que tanto el **derecho a la asistencia sanitaria de estas personas como la posibilidad de su ejercicio con cargo a fondos públicos derivan directamente de la Ley 16/2003, por lo que, si se cumplen los requisitos previstos en ella, la ausencia de un documento acreditativo no debiera ser óbice para la prestación.**

En este punto, es importante tener en cuenta las recomendaciones para las Comunidades Autónomas publicadas por el Ministerio de Sanidad sobre el procedimiento a adoptar para la solicitud y expedición del documento acreditativo.

Estas recomendaciones serán el objeto de análisis del próximo apartado, en el que incluimos además nuestra propia valoración e ideas respecto a la documentación que se debe exigir y el procedimiento para la acreditación de estas tres condiciones.

(28) Véase artículo 3 ter 3 de la Ley 16/2003.

Recomendaciones sobre el procedimiento a seguir por las personas extranjeras en situación irregular para recibir atención médica en España

Como se ha explicado en epígrafes anteriores, la Ley 16/2003 no regula el procedimiento de solicitud y expedición del documento acreditativo que certifique que las personas extranjeras en situación irregular tienen derecho a la asistencia sanitaria gratuita. Por el contrario, el artículo 3 ter 3 deja en manos de las CCAA el desarrollo de este procedimiento. No obstante, con vistas a asegurar el desarrollo homogéneo de este procedimiento, el 20 de junio de 2019, el Ministerio de Sanidad publicó unas recomendaciones sobre el procedimiento de solicitud, registro y expedición del referido documento certificativo[29].

En primer lugar, es de suma importancia tener claro el valor legal de estas recomendaciones. Como su propio nombre indica, se trata de puras recomendaciones o "consejos" del gobierno a las Comunidades Autónomas.

Las recomendaciones pueden ser, sin duda, de gran ayuda para las Comunidades a la hora de diseñar su propio procedimiento, pero **no son obligatorias** ni vinculantes, por lo que cada Comunidad puede decidir desviarse de las mismas siempre y cuando respete lo dispuesto en la Ley.

A) ¿Qué colectivos están cubiertos por el procedimiento propuesto en las recomendaciones?

Antes de enumerar las características principales del procedimiento propuesto en las recomendaciones, es conveniente tener claro a qué colectivos se refiere. **Las recomendaciones del gobierno se refieren al procedimiento para acreditar y expedir un documento acreditativo a las personas extranjeras en situación irregular en territorio español, con excepción de los que se encuentran en situación de estancia**[30].

Estos últimos quedan excluidos y, su situación es dudosa. Pero, ¿quiénes son exactamente las personas extranjeras en situación de estancia?

La situación de estancia, regulada en el artículo 30 de la LOEx, se define como la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días. No obstante, el documento menciona una supuesta interpretación que han hecho los tribunales de este artículo en combinación con el artículo 20.2 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen[31] para alegar que, a efectos de entrada en el territorio español, se ha de computar el tiempo transcurrido desde que el ciudadano extranjero accedió al Espacio Schengen. En cualquier caso, el documento concluye que corresponde a las autoridades autonómicas competentes determinar lo que se entiende por estancia, dejando abierta la puerta a las CCAA para que impongan condiciones más o menos inclusivas a la hora de atender a personas en situación irregular que lleven en España menos de 90 días.

(29) Ministerio de Sanidad (2019): Recomendaciones sobre el procedimiento de solicitud, registro y expedición del documento certificativo que acredite a inmigrantes irregulares para recibir asistencia sanitaria. Disponible aquí. (30) Ib., p. 1. (31) Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, al cual se adhirió la República Italiana por el Acuerdo firmado en París el 27 de noviembre de 1990, hecho el 25 de junio de 1991. BOE núm. 81, de 5 de abril de 1994.

En el momento de redacción del presente informe, no consta que el periodo de 90 días figura en alguna de las leyes internacionales, europeas o nacionales referentes al acceso a la sanidad. **La imposición de este periodo, por tanto, no tiene una base legal clara y deja a este colectivo en una situación de inseguridad jurídica, ya que ni el RDL 7/2018 ni las recomendaciones desarrollan el procedimiento específico que deben seguir estas personas para acceder al sistema sanitario.**

Si bien es cierto que la LOEx define la residencia como un periodo de más de 90 días, no existe ninguna razón para extender esa definición de forma estricta al ámbito de la Ley 16/2003. De hecho, la LOEx también requiere la obtención de un permiso de residencia para ser considerado residente y es obvio que ese requisito no existe para ser considerado como *"extranjero que tenga establecida su residencia en el territorio español"* en el contexto de la Ley 16/2003. Es más, existen otras definiciones de residencia en nuestro ordenamiento [32], por lo que no hay razón para aplicar estrictamente la de la LOEx. El término "residencia" en el artículo 3.1 no debe ser utilizado por las Comunidades Autónomas para añadir un requisito de estancia mínimo en el territorio, excluyendo del acceso a la sanidad a personas que son titulares de este derecho en virtud de la Ley 16/2003.

A pesar de esto, las recomendaciones del gobierno introducen de forma poco afortunada, el requisito de los tres meses.

Las recomendaciones no deben de seguirse en este punto, puesto que estaría excluyendo de forma automática a personas que, en la práctica, tienen establecida su residencia en España y que son, por tanto, titulares del derecho a la asistencia sanitaria. No sólo esto, sino que esta Ley tampoco exige un periodo mínimo de estancia para que tal asistencia sea gratuita por lo que ni siquiera para ello debería de ser requerido.

Cabe recordar que el segundo párrafo del artículo 3 ter. 3 del RDL 7/2018 exigía como requisito para el acceso a la sanidad de las personas extranjeras en situación de estancia la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las CCAA. Sin embargo, los detalles de este trámite tampoco han sido abordados en las recomendaciones, por lo que corresponde a las CCAA determinar el papel de los servicios sociales.

Esta ausencia es especialmente desafortunada si tenemos en cuenta que el objetivo, condiciones de elaboración y contenido de este informe no se detallan en la Ley y que, como se ha expuesto arriba, el motivo de su introducción es confuso. En cualquier caso, atendiendo al objetivo de universalización de la sanidad, **debe evitarse a toda costa que el requisito del informe de los servicios sociales sea utilizado por las Comunidades Autónomas para restringir aún más el acceso a la sanidad de las personas extranjeras afectadas.** Es decir, en ningún caso puede ser la necesidad de este informe un requisito más, que haga aún más largo y complejo el procedimiento para la obtención del documento identificativo.

Igualmente, cabe destacar que las recomendaciones no recogen ninguna

(32) E.g., artículo 9 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio; Consideraciones Generales de la Resolución del Ministerio de la Presidencia de 16 de marzo de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 30 de enero de 2015, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, sobre instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del padrón municipal.

propuesta para garantizar el acceso a la sanidad para **colectivos vulnerables como menores, embarazadas o asistencia en caso de urgencia**. Estas excepciones, que estaban previstas de forma expresa en el RD 1192/2012, desaparecieron con la entrada en vigor del RDL 7/2018. Sin embargo, ni el **Real Decreto ni las recomendaciones proponen una vía para proteger a estos colectivos,** por lo que podría darse el caso, si las Comunidades Autónomas no regulan al respecto, de que estas personas no pudieran acceder a la atención sanitaria (ya sea de forma gratuita o no) de llevar menos de 90 días en España.

Debemos subrayar que la omisión de esta mención no debe en ningún caso suponer un empeoramiento de la situación de las personas que antes se hallaban protegidas por ella. Al contrario, si bien en el régimen anterior garantizaba la asistencia sanitaria en cualquier caso a estos colectivos, el régimen actual debe garantizar la asistencia sanitaria en cualquier caso a todas las personas, ya sean españoles o personas extranjeras en situación regular o irregular. Cosa distinta será que se pueda realizar con cargo a fondos públicos si no se cumplen las condiciones del artículo 3 ter 2.

B) Procedimiento propuesto

Lo ideal, por cuestiones de homogeneidad y seguridad jurídica, sería que el gobierno estatal desarrollase este precepto y estableciera claramente -aunque con cierta flexibilidad- los documentos o sistemas que pueden admitirse para acreditar las condiciones exigidas. De esta forma no habría diferencias entre comunidades autónomas y se evitaría que, según lo estricto que sea el procedimiento para acreditar tales condiciones, se garantice el acceso a la sanidad a un mayor o menor número de personas.

En lo referente al procedimiento propuesto en las recomendaciones, se trata de un procedimiento complejo y burocrático, que comienza con la presentación de la solicitud y documentación por parte del interesado en los centros de salud u otras unidades habilitadas al efecto por cada CCAA.

En nuestra opinión, el procedimiento y la documentación requerida debe ser flexibles y, en aras de cumplir el objetivo de universalización de la sanidad, **debe de buscar siempre la facilitación de la prueba del cumplimiento de las condiciones exigidas, para evitar que queden excluidas personas que, si bien reúnen estas condiciones, encuentran dificultades en cuanto a su prueba.**

La documentación a presentar comprende:

- **Documentación acreditativa de identidad.** pasaporte o documento oficial de identidad, o, en ausencia de los anteriores, otro documento emitido por la Administración General del Estado que incluya fotografía. En el caso de menores, en ausencia de los anteriores, también se podrá acreditar identidad con el libro de familia o certificado de nacimiento.
- **Documentación que acredite residencia efectiva por un periodo previo de tres meses.** Certificado o volante de empadronamiento o, en ausencia de estos por existir alguna imposibilidad (por ejemplo, carencia de domicilio), se podrán aportar otros documentos acreditativos, como documentos oficiales de cualquier administración de Estado, cartas de viaje expedida por consulado, inscripciones de colegio, etcétera.
- **Documentación que acredite no poder exportar a España el derecho a la**

asistencia sanitaria desde su país de origen. Sólo para nacionales de países donde es de aplicación la normativa comunitaria para la coordinación de sistemas de Seguridad Social, así como Estados con los que España ha suscrito acuerdos internacionales al respecto como es el caso de Andorra y Chile. En estos casos, el solicitante deberá presentar un certificado de no exportación que le corresponde emitir a la administración de su Estado de procedencia.

- **Declaración responsable que acredite que no existe un tercero obligado al pago.** Se considerarán terceros obligados al pago entidades públicas y privadas que hayan suscrito con el interesado un seguro de enfermedad de carácter obligatorio, vigente y válido en España.

Como puede imaginarse, la obtención de toda esta documentación no siempre es fácil. Por ejemplo, para aquellas personas que habitan en viviendas en condiciones precarios o aquellos que no disponen de vivienda, probar residencia efectiva puede ser extremadamente complicado. Igualmente, en algunos casos puede que sea necesario solicitar parte de la documentación en el país de origen, lo cual, dependiendo del caso, puede ser un proceso largo o incluso imposible.

En nuestra opinión, una declaración responsable es un medio adecuado para acreditar la imposibilidad de exportación de la cobertura sanitaria de su país de origen como la inexistencia de un tercero obligado al pago.

Otra posibilidad sería el establecimiento de un sistema de presunciones, aunque únicamente si se diseña para favorecer a los solicitantes en caso de duda. Proponemos presumir en todo caso que los tres requisitos se cumplen y, únicamente si existen indicios que indiquen lo contrario, se podría exigir a la persona extranjera su prueba.

Finalmente, respecto a la exigencia de una residencia efectiva durante un periodo previo de tres meses, si bien vemos buena la intención de facilitar su acreditación admitiendo no solamente el volante de empadronamiento sino también otros medios, consideramos que el propio requisito debe ser omitido.

Nos remitimos a lo expuesto arriba, donde referimos que la Ley no impone ningún periodo de residencia mínimo para el acceso a la asistencia sanitaria, por lo que no hay razón alguna para exigir como condición para la obtención del documento la acreditación de un periodo de residencia efectiva de tres meses. Comprendemos la existencia del riesgo del turismo sanitario, pero recordamos que el riesgo queda suprimido mediante el preceptivo informe de los servicios sociales para permitir el acceso a las personas extranjeras en situación de estancia.

Este informe servirá para aclarar si, el extranjero que lleva menos de 90 días en España tiene efectivamente aquí establecida su residencia o si, por el contrario, se trata de un “turista sanitario”.

De acuerdo con lo establecido en el documento de las recomendaciones, será necesaria toda la documentación para iniciar el trámite de solicitud, que deberá ser resuelto en un plazo máximo de tres meses. En este tiempo, se otorgará un documento provisional acreditativo que permita al solicitante recibir asistencia sanitaria de forma gratuita.

Sin embargo, si tras el periodo de trámite la solicitud es denegada, la persona tendrá que pagar la atención sanitaria que hayan recibido en esos meses. En este sentido,

la amenaza de la facturación a posteriori tiene un efecto claramente disuasorio.

En caso de obtener una valoración favorable, se incluirá al interesado en la base de datos de población protegida de cada Comunidad Autónoma, así como en el Sistema Nacional de Salud, y se le hará entrega de un documento acreditativo para poder recibir asistencia sanitaria a cargo de fondos públicos. Esta acreditación deberá ser renovada cada dos año y no será válida en el caso de que el interesado cambie su residencia a otra CCAA. Para estos casos, el interesado deberá reiniciar todo el procedimiento en la nueva CCAA para obtener la acreditación, lo cual tiene difícil justificación.

En definitiva, las recomendaciones no sólo suponen una oportunidad perdida para aclarar y corregir las lagunas que había dejado el RDL 7/2018 en lo referente al acceso a la salud de las personas extranjeras en situación irregular, sino que parecen agravar aún más la inseguridad jurídica de los más vulnerables. La vaguedad del Real Decreto y de las recomendaciones deja a las CCAA con la última palabra para regular el acceso a la sanidad de las personas extranjeras en situación irregular.

3. La situación en la Comunidad de Madrid

La Comunidad de Madrid no tiene actualmente un reglamento en desarrollo del RDL 7/2018. Por el contrario, se ha mantenido el sistema que se seguía previamente y que fue adoptado para la correcta aplicación del Real Decreto Ley 16/2012: el de códigos. Los códigos vigentes en la actualidad son el TIR y el DAR.

Estos códigos cubren a la ciudadanía no asegurada o no beneficiaria, entre los que se incluyen las personas extranjeras que estén en una situación irregular, así como los que no lleven más de 90 días en el territorio o no estén empadronados.

Como referimos en los anteriores apartados, el artículo 3 bis del RD 7/2018 permite la expedición de documento certificativo a las personas extranjeras para que puedan disfrutar de la atención sanitaria. Los códigos mencionados podrían considerarse un paso similar a la obtención de este documento.

Ambos códigos permiten el acceso a la sanidad de sus titulares, que serán atendidos sin coste, en las mismas condiciones que una persona de nacionalidad española.

La diferencia principal entre un código y otro es que mientras que el código DAR permite una rebaja del 60% en la prestación farmacéutica, con el TIR deberá ser abonado el importe íntegro. Esto es, el código DAR, que cubre a personas extranjeras no aseguradas, va más allá que el TIR y permite un descuento en la factura de las recetas, cumpliendo así con el nuevo párrafo e) del apartado 5 del artículo 102 del RD 1/2015. (El TIR entonces debería aplicar esto también).

Por lo expuesto, estos códigos aplicados en las que condiciones que actualmente se están aplicando en la Comunidad de Madrid, pueden ser considerados una manera válida de organizar el acceso a la sanidad pública conforme con el RDL 7/2018.

La situación en 2012

Con la promulgación del Real Decreto-ley 16/2012, varias Comunidades Autónomas encadenan una serie de acciones para no cumplir está decreto y si asegurar la asistencia sanitaria a los grupos que este decreto dejaba fuera de la cobertura sanitaria. En la Comunidad de Madrid a lo largo del año 2015 [33] nacen el código TIR y el código DAR buscando garantizar la asistencia sanitaria y las ayudas económicas en la compra de los productos medicinales que son recetados por los facultativos. En particular:

- **TIR:** Para garantizar la asistencia sanitaria a las personas extranjeras

(33) Servicio de Salud Madrileño. Orden de los Códigos de asistencia sanitarios en la Comunidad de Madrid. Fecha de publicación: 14/09/2015. Disponible aquí. (34) Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (2105): *"Las personas extranjeras, sin tarjeta sanitaria, podrán acceder a los medicamentos financiados pagando el 40% de su coste"* (en línea). Fecha de publicación: 15/10/2015. Disponible aquí.

en una situación irregular, pero sin ayuda económica en la compra de medicamentos prescritos por los médicos.

- **DAR:** Para garantizar la asistencia sanitaria a las personas extranjeras en situación irregular y a la vez ofrecer una ayuda económica del 40% del coste total del medicamento [34].

Para acceder a los códigos DASSE y TIR es necesario estar empadronado en Madrid y poseer un documento identificativo. Si una persona se encuentra físicamente en Madrid, pero no está empadronado puede pedir un informe a los servicios sociales y en este caso si puede acceder a ambos códigos.

Para acceder al código DAR además de lo expuesto para los dos códigos anteriores es necesario aportar una declaración responsable de carecer de ingresos suficientes y no tener ningún otro tipo de aseguramiento, dicha declaración responsable de obtiene en el Centro de Atención Primaria de la Comunidad de Madrid.

En relación con el informe de los servicios sociales que permite acceder a la asistencia sanitaria si no se cumple el requisito del empadronamiento, existe un problema práctico que debe ser tenido en cuenta y que deriva de la descoordinación de este sistema con el sistema de servicios sociales.

En particular, y a pesar de que el informe de los Servicios Sociales debería servir para dar acceso a la atención sanitaria a una persona que no se encuentra empadronada, para pedir cita con los Servicios Sociales es necesario esta empadronado, por lo que no es una vía eficaz. No sólo esto, sino que esta medida tampoco tiene en cuenta la dificultad que tiene pedir cita en servicios sociales y tampoco tiene en cuenta las personas que no se encuentran empadronadas en la comunidad.

Por otra parte, cuando una persona es dada de alta en uno de los tres códigos debe obtener su número CIPA, este número identifica a la persona dentro del registro de cada código. Una vez se obtiene este código comienza un plazo de dos años en el cual la persona se encuentra con la asistencia sanitaria cubierta.

Es importante destacar que, a menos que se pida específicamente, el número CIPA no se suele otorgar en los centros de salud. Ello provoca que, aunque en una primera visita si se pueda recibir atención si es necesario realizar un seguimiento clínico a un paciente este no lo pueda recibir al no tener su número CIPA.

Es decir, existe el riesgo de que un paciente pueda ser atendido en su primera visita pero que no pueda acceder a las posteriores visitas al centro de salud o la práctica de las pruebas necesarias.

La situación en 2018

A partir de la ley 7/2018 sobre asistencia sanitaria se produce un cambio en la situación de Madrid. **El principal problema** de la situación respecto a **Madrid** es que se provoca un caos legislativo dentro de la Comunidad de Madrid de forma que **no se sabe qué**

(34) Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (2105): "Las personas extranjeras, sin tarjeta sanitaria, podrán acceder a los medicamentos financiados pagando el 40% de su coste" (en línea). Fecha de publicación: 15/10/2015. Disponible aquí.

procedimiento se debe aplicar para dar acceso a la atención sanitaria a las personas que se encuentran en situación irregular en la Comunidad de Madrid.

El artículo 3 ter del Real Decreto-ley 7/2018, no regula el procedimiento que se debe seguir, sino que deja en manos de las Comunidades Autónomas su articulación.

Asimismo, el Real Decreto-ley 7/2018 deroga al anterior y, como consecuencia, el sistema códigos DASSE, TIR y DAR, que habían sido adoptados en Madrid para dar efecto a la regulación anterior, ha quedado obsoleto. Sin embargo, la Comunidad de Madrid sigue usando el código TIR y el DAR pues no hay otro sistema alternativo pues aún estamos en la transición entre el sistema del 2012 y el que tendría que llegar por la ley 7/2018. Y aquí nace el problema principal, por un lado, el sistema del 2012 no está vigente y por otro lado no existe aún un nuevo sistema.

A pesar de que legalmente no exista en la práctica de los centros de salud aún se emplea el Código TIR y DAR pues es el sistema que conocen los administradores de los centros de atención primaria pero que permitan el acceso a una persona extranjera. En su aplicación, los administradores deben ajustarse a lo dispuesto en la Ley 16/2003 en su redacción actual tras las reformas introducidas en el año 2018.

En resumen, la Comunidad de Madrid no ha adoptado nueva normativa en desarrollo de los cambios introducidos por el Real Decreto Ley 7/2018. En consecuencia, los centros de salud quedan directamente sujetos a lo dispuesto en la normativa nacional, la cual no es lo suficientemente concreta y exhaustiva.

4. Casos observados en la práctica

Extranjera en situación de estancia

Marisa tiene nacionalidad paraguaya y 47 años de edad. Llega a España como turista, estando autorizada a permanecer en el territorio español durante 90 días, aunque su intención es encontrar un trabajo y quedarse en España el tiempo que le sea posible. Tras dos meses en España sufre unos fuertes dolores y acude al hospital, donde le detectan una enfermedad renal crónica que necesita tratamiento. Cuando recibe el alta hospitalaria es derivada a atención primaria para el seguimiento de su enfermedad, pero allí encuentra problemas para que se le asigne un médico por no estar empadronada.

Además, transcurridas unas semanas desde el alta, recibe una factura por los gastos de su ingreso y tratamiento de urgencia en el hospital.

Solución propuesta

Marisa es titular del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria de conformidad con el artículo 3.1 y 3 ter 1 de la Ley 16/2003, que otorga este derecho tanto a españoles como a las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español ya sea regular o irregular.

Marisa debe ser considerada residente en territorio español a estos efectos puesto que, a pesar de que su estancia en España ha sido corta, tiene la intención y voluntad de permanecer en el territorio en el largo plazo y de buscar un trabajo y establecerse. Su intención no es volver a Paraguay, que ya no puede ser considerado su Estado de residencia. Si bien es cierto que una vez transcurridos 90 días desde su entrada en el territorio español Marisa se encontrará en situación irregular, el artículo 3 ter 1 expresamente establece que estos tienen *"derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española"*.

En consecuencia, **los servicios sanitarios actuaron correctamente cuando, ante su crisis renal, procedieron a su ingreso y tratamiento hospitalario en las mismas condiciones en que habrían ingresado a un español.** Por el contrario, **los servicios de atención primaria no están actuando correctamente no asignándole un médico para el seguimiento.** El derecho a la atención sanitaria no depende del empadronamiento ni de la regularidad de la situación de las personas extranjeras. Todos aquellos que residan en territorio español deben de ser correctamente atendidos también en atención primaria. La atención de este colectivo sólo en caso de urgencias es ilegal y no deriva de la Ley 16/2003, que no distingue entre atención urgente y no urgente.

Por último, en relación con la factura que se le ha girado por los costes de su ingreso y tratamiento hospitalario, debemos tener en cuenta que la Ley 16/2003 sólo garantiza la asistencia sanitaria gratuita a las personas extranjeras en situación irregular si cumplen

una serie de condiciones (artículo 3 ter 2 y 3). En caso de no cumplirlas, es posible exigir una contraprestación por la atención prestada.

Marisa debe tener la oportunidad de acreditar si cumple con las condiciones. Marisa debe alegar que no tenía el deber de acreditar la cobertura sanitaria, que no puede exportar el derecho de cobertura sanitaria de Paraguay y que no existe un tercer obligado al pago. **Las personas extranjeras que entran en España con visado de turistas pueden encontrar problemas para cumplir con la primera y tercera condición, ya que es habitual que para la obtención de este tipo de visados se requiera la formalización de un seguro médico que cubra su estancia.**

En el caso de Marisa esto no es un problema dado que los ciudadanos paraguayos están exentos de visado para estancias inferiores a 90 días, por lo que no tenía la obligación de haber contratado un seguro médico. En el caso de Marisa, además, **al llevar en el territorio español menos de 90 días, se le aplica el apartado tercero del artículo 3 ter, que exige la obtención de un informe favorable de los servicios sociales.**

Si Marisa recibe la factura sin haber tenido la oportunidad de acreditar y cumplir con las referidas condiciones, debería de poder pedir una prórroga para la acreditación de las mismas. A tal efecto, **Marisa debe aportar, junto con la documentación acreditativa de su identidad, documentación que acredite su residencia en territorio español, así como una declaración responsable de que no puede exportar la cobertura sanitaria desde Paraguay y de que no existe ningún tercero obligado al pago.** Para acreditar su residencia en territorio español Marisa puede presentar un certificado de empadronamiento; no obstante, si aún no se ha empadronado, debe poder aportar otras pruebas que evidencien su residencia tales como el sello en su pasaporte que muestra que entró en España hace más de 3 meses o su contrato de alquiler. Si acredita que cumple con las condiciones exigidas, no se le debe cobrar contraprestación. Además, si Marisa no tiene medios económicos suficientes, puede aportar también una declaración responsable afirmando que carece de ingresos en aras de conseguir el código DAR y beneficiarse de una reducción en el precio de la medicación que se le recete en el futuro. Si, por el contrario, Marisa no consigue acreditar el cumplimiento de las condiciones exigidas en el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, la administración podría legalmente exigirle el pago.

Permiso de residencia caducado

Ngozi es un extranjero nigeriano de 24 años que lleva viviendo en Madrid año y medio. Con motivo de una bronquitis, decide acudir al centro de salud de Lavapiés. Sin embargo, no le han asignado un médico para atenderle debido que su permiso de residencia está caducado recientemente. Le informan de que tiene dos meses para renovar el permiso de residencia, de lo contrario, perderá el derecho a la atención médica.

Solución Propuesta

Según la ley 7/2018 Ngozi ya debe recibir asistencia sanitaria por tener la residencia legal en España, este dato se extrae del artículo 3.2 de la Ley 16/2003 modificada por la ley 7/2018.

Ngozi es una persona que lleva más de noventa días residiendo de manera legal en España, este hecho de por sí ya tendría que ser determinante para que la persona pueda recibir asistencia pero si aun así esta persona tuviera problemas debido a la vigencia de su permiso de residencia. Sería necesario aplicar la ley 4/2000, de 11 de enero.

Si Ngozi ve caducado su permiso de residencia pueden suceder varios supuestos:

- La administración le conceda el permiso. Ante este caso solamente habría que aplicar el artículo 3.2 de la ley 7/2018.
- La administración le deniega el permiso. Esta denegación solo puede suceder si la persona comete un delito o si comete una sanción grave.
- La administración no responde. En este caso si la persona necesita asistencia antes de los tres meses siguientes a la petición de la renovación la persona debe ser atendida porque hasta que no se pronuncie la administración la vigencia del permiso debe continuar. En cambio, si pasan más de tres meses y la administración sigue sin responder se entiende por la ley 4/2000 que la vigencia de ese permiso continua automáticamente.
- La administración pone en duda la salida del país por parte de Ngozi con el permiso caducado y a su vez pone en duda la presunción de inocencia. En este supuesto bastaría con tener en cuenta el principio de igualdad de armas (Waffengleichheit) con base en la STS de 29 de junio de 1996 donde se estableció que cada parte ha de probar que concurren los supuestos fáticos subsumibles en la norma, así como la STC 45/1997 que dictaminó que ha de exigirse que la Administración consiga probar "suficientemente" a efectos de poder destruir la presunción de inocencia. Por lo tanto, la carga de la prueba recae en la Administración.

Además de estos argumentos se debe hacer constar que en la web del ayuntamiento de Madrid se establece que la vigencia de la tarjeta sanitaria es indefinida. Cuando sus titulares sean personas extranjeras, su validez coincidirá con la vigencia que figure en la Tarjeta de Identificación de Extranjero. Estas personas extranjeras deberán actualizar en su centro de salud la fecha de caducidad de su permiso de residencia, cada vez que lo renueven.

Este dato suministrado por la propia administración no se debe entender únicamente como un anuncio, sino que tiene carácter vinculante. Este carácter vinculante nace en el modo de proceder de la administración pues los actos que no tienen carácter legal son acompañados de esta etiqueta: "Este anuncio es de carácter informativo y no tiene validez legal".

Rechazo por falta de empadronamiento

Yago es un ciudadano venezolano de treinta años. Cuando llegó a Barcelona hace seis meses, inició una solicitud de protección internacional. Hace tres semanas que vive en Madrid. Su solicitud de protección internacional aún no se ha resuelto. Tras varios días sufriendo fuertes dolores de cabeza, decide acudir al centro de salud del barrio de Tetuán, donde presenta su pasaporte, el certificado de empadronamiento en Barcelona y la documentación acreditativa de que ha solicitado protección internacional (resguardo blanco). En el centro de salud le informan de que, al no estar empadronado en

Madrid y no haber sido reconocido su estatus de refugiado, no pueden atenderle.

Solución propuesta

Yago es titular del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria de conformidad con el artículo 3.1 y 3 ter 1 de la Ley 16/2003, que otorga este derecho tanto a españoles como a las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español. El hecho de que aún no se haya reconocido su estatus de refugiado es irrelevante a efectos de la titularidad de este derecho, del que son beneficiarios tanto las personas extranjeras en situación regular, es decir, con permiso de residencia, como los que aún no hayan obtenido tal permiso. Yago debe ser considerado residente en el territorio español, ya que lleva en España más de 6 meses como puede acreditar mediante la solicitud de protección internacional que inició a su llegada a España y el certificado de empadronamiento en Barcelona.

Si bien es cierto que su cambio de empadronamiento a Madrid aún no ha sido tramitado, la Ley 16/2003 otorga el derecho a la protección de la salud a los residentes en territorio español, impidiendo que se deniegue la asistencia sanitaria que ha devenido necesaria por el mero hecho de continuar empadronado en otra Comunidad Autónoma.

Asimismo, el artículo 18.1 f) de la Ley 12/2009 reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los solicitantes de asilo.

Por otra parte, Yago debería tener acceso con cargo a fondos públicos en virtud del artículo 3.2. c) de la Ley 16/2003, dado que debe ser considerado un extranjero con residencia legal en España, al menos hasta el momento en que se resuelva su solicitud de asil [35].

Extranjero menor de edad

Dembo es un joven gambiano de 15 años que vino a España en patera hace 3 meses. Ahora está viviendo en Carabanchel. Un día, Dembo se levantó con síntomas de catarro y, dos días después, cuando estaba desayunando empezó a notar un dolor intenso en el pecho. Le llevan a urgencias, donde le hacen un electrocardiograma y un ecocardio para diagnosticarle pericarditis aguda. Le dicen entonces que debe ir a su médico de familia y al cardiólogo para realizar un seguimiento, ya que puede complicarse y producirle un daño cardiaco.

Tras aplicarle un tratamiento de antiinflamatorios, Dembo sale aliviado de urgencias.

Sin embargo, cuando a los tres días va al centro de salud más cercano a donde vive, su preocupación crece cuando le deniegan el acceso a un médico de cabecera para hacer el seguimiento por no estar empadronado y no poder probar que en efecto reside en el piso de Carabanchel.

(35) N.B. El artículo 18 de la Ley 12/2009, que establece los derechos de los solicitantes de asilo, además de otorgarles derecho a la asistencia sanitaria establece que s e suspenderán todos los procedimientos de extradición. De este precepto podemos deducir que los solicitantes de asilo se encuentran, al menos temporalmente, en situación de residencia legal, por lo que tendrían derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos en virtud del artículo 3.2. c) de la Ley 16/2003.

Solución propuesta

El artículo 3 ter del RDL 7/2018 reconoce a las personas extranjeras en situación irregular el derecho a la atención sanitaria en las mismas condiciones que los españoles y las personas extranjeras en situación regular.

Los médicos de urgencia actuaron de forma correcta al ofrecer asistencia a Dembo y hacerle una receta contra su pericarditis. Sin embargo, los profesionales que le atendieron en el centro de salud actuaron de forma ilegal al no asignarle un médico de cabecera por no encontrarse empadronado ni poder probar su residencia en Madrid. Dembo lleva en España 3 meses y está establecido en el madrileño barrio de Carabanchel. Aunque Dembo no se encuentra actualmente empadronado en Madrid, este hecho no debe suponer una limitación en su derecho a la atención sanitaria, pues en ningún momento se hace mención a este requisito en el RDL 7/2018. Aunque la Comunidad de Madrid no ha desarrollado a nivel reglamentario el procedimiento que deben seguir las personas extranjeras en situación irregular para recibir asistencia sanitaria, la denegación de la asistencia por el mero hecho de no estar empadronado o no poder probar residencia efectiva.

Además, el caso de Dembo, la denegación de la asistencia sería aún más grave al tratarse de un menor. En situaciones donde hay menores involucrados, el principio del interés superior del niño[36] siempre debe tenerse en cuenta.

En este caso, teniendo en cuenta que Dembo tiene 15 años, que posiblemente no hable español y que llegó a España en patera hace apenas tres meses, resulta comprensible que no haya podido empadronarse, que carezca de medios para probar su residencia en Carabanchel y que desconozca la normativa aplicable. Por esta razón, el centro sanitario tuvo que haber atendido en cualquier caso a Dembo -como ya hicieron los servicios de urgencia-, proponiendo una solución alternativa y más flexible para que Dembo pudiese probar, a posteriori, su residencia efectiva en Madrid. Por tanto, se entiende que, basándonos en el RDL 7/2018, Dembo goza de derecho a dicha asistencia.

(36) El interés superior del niño ha sido definido como el conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores y se encuentra recogido en múltiples convenios internacionales incluida la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (Artículo 3 de Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 Noviembre 1989, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3.

5. Anexos

Derecho a la atención sanitaria en otras Comunidades Autónomas

A) Comunidad Foral de Navarra

Hasta el año 2012, la legislación autonómica de la Comunidad Foral de Navarra garantizaba el derecho a la asistencia pública sanitaria a todos los residentes en Navarra, independientemente de su situación administrativa. Tras la publicación del RDL 16/2012, la Comunidad Foral de Navarra adopta la Ley Foral 8/2013 [37], para mantener su régimen anterior. El gobierno español recurre la constitucionalidad de esta norma que, finalmente, es anulada por el Tribunal Constitucional (TC) [38].

Actualmente, tras la anulación de la Ley Foral 8/2013, la normativa vigente en materia de salud es, junto con la Ley Foral 10/1990 [39], la Ley Foral 17/2010 [40] que regula el derecho a la asistencia sanitaria en su artículo 11, otorgando el derecho a la asistencia sanitaria pública a todos los inmigrantes que residan en Navarra independientemente de su situación legal. Asimismo, garantiza la asistencia en todo caso (i.e. incluso aunque no sean residentes) a menores, embarazadas y urgencias. El artículo 11 hace referencia también a los no residentes, otorgándoles un derecho a la asistencia sanitaria que puede ser limitado bajo las condiciones previstas en las leyes [41].

Actualmente, para la solicitud de la Tarjeta Individual Sanitaria (TIS) en Navarra es necesario aportar, junto con el formulario de solicitud, un documento de identificación (DNI, NIE o pasaporte) y el documento de empadronamiento en un municipio de la Comunidad Foral (sin mínimo de tiempo) emitido, como máximo, 15 días antes de la fecha de solicitud de tarjeta [42].

B) Comunidad Valenciana

Tras la entrada en vigor del RDL 16/2012 y posteriormente el RDL 1192/2012, por los cuales se estableció y desarrolló la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud, se aprobó en la Comunidad Valenciana la Ley 10/2014 [43], remitiéndose a la legislación vigente estatal por lo que respecta a los requisitos para darse de alta en el registro administrativo sanitario (SIP) y la obtención de la Tarjeta Sanitaria Individual (TSI) y por ende, tener acceso a la sanidad en la Comunidad Valenciana. Posteriormente, con el fin de garantizar el acceso a la sanidad a aquellas personas que no cumplían la condición de aseguradas ni beneficiarias en los términos de la normativa estatal vigente en aquel momento, el gobierno de la Generalitat Valenciana aprobó el del Decreto-ley del Consell de la

(37) Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra (BON N.º 43 de 4 de marzo de 2013). (38)Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2018, de 22 de febrero (BOE núm. 72, de 23 de marzo de 2018). (39) (Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de salud de Navarra (BON N.º 146 de 3 de diciembre de 1990). Es importante señalar que, la Ley Foral 17/2010 es anterior al RDL 16/2012 pero sigue vigente y, el artículo 11 no ha sido modificado ni eliminado de la misma. Tampoco ha sido declarado inconstitucional, ya que las STC se refieren solo a las normas impugnadas i.e. la Ley Foral 8/2013 y el Decreto Foral 117/2012. Si bien, durante la vigencia del RDL 16/2012, este precepto debía reputarse contrario a la legislación estatal, actualmente es compatible con el RDL 7/2018. (40) Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra (BON N.º 139 de 15 de noviembre de 2010). (41) Esto implica que sería posible, por ejemplo, garantizar la atención a los no residentes pero exigirles el pago de la asistencia. (42) https://www.navarra.es/home_es/Servicios/ficha/2189/Solicitud-de-la-tarjeta-individual-sanitaria-(TIS) [revisado 15/05/2020]. (43) Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana (BOE-A-2015-1239). Disponible aquí.

Generalitat Valenciana 3/2015 [44]. De la misma manera que lo sucedido en la Comunidad Foral de Navarra, el gobierno español recurrió la constitucionalidad por sobrepasar sus competencias que finalmente, siendo finalmente anulada por el TC [45].

Actualmente, tras la anulación del Decreto Ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, la normativa vigente en materia de salud vuelve a ser la mencionada Ley 10/2014, modificada posteriormente por la Ley 8/2018 [46], limitándose a seguir las indicaciones que establece la normativa estatal para proporcionar acceso a la sanidad en la Comunidad Valenciana.

C) País Vasco

En el País Vasco, la normativa autonómica existente hasta el año 2012 era la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi [47], con la que el derecho a la protección de salud adquirió definitivamente carácter universal en el territorio de Euskadi para todas las personas residentes.

En el año 2012, surge el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi (BOVP Núm. 127, de 29 de junio de 2012) [48]. Anulada por el Tribunal Constitucional. Posteriormente, el auto de 13 de diciembre del Tribunal Constitucional (Pleno)ha levantado la suspensión de la vigencia de los arts. 1, 2 (2 y 3), 3, 4, 5, 6 (1 y 2), 7 (2 y 3).

El resultado de la sentencia del Tribunal Constitucional supuso que el País Vasco carecía de competencias para dar a los inmigrantes en situación administrativa irregular la tarjeta sanitaria, es decir, el derecho universal a la salud.

Ante este problema, el Gobierno Vasco aprobó una alternativa para mantener la prestación y atención sanitaria integral a los inmigrantes en situación irregular mediante la instrucción dictada con fecha 25 de enero de 2018:

La Dirección de Aseguramiento y Contratación del Departamento de Salud del Gobierno Vasco ha dictado la Instrucción "Programa de protección integral de la salud para la prevención de la enfermedad, promoción de la salud, y atención sanitaria de las personas en situación administrativa irregular y que estén empadronadas en un municipio de Euskadi" [49].

Esta instrucción supone que el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria está vinculado al empadronamiento y al tiempo de estancia acreditable en el "Espacio Schengen" [50], que deberá ser de al menos 90. También supone que siempre debe haber cobertura sanitaria para las siguientes situaciones:

- Urgencias y lo que se derive de estas.
- Menores de 18 años.

(44) Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana (DOCV-r-2015-90519). Disponible aquí. (45)Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2017, de 14 de diciembre de 2017 (BOE núm. 15, de 17 de enero de 2018) ECLI:ES:TC:2017:145. Disponible aquí. (46)Ley 8/2018, de 20 de abril, de modificación de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana. (47)Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi. Disponible aquí. (48) Conflicto positivo de competencia n.º 4540-2012, contra el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi y, concretamente, contra los artículos 1; 2, apartados 2 y 3; 3; 4; 5; 6, apartados 1 y 2; 7, apartados 2 y 3; 8, apartados 1 y 2, y disposición final primera. Disponible aquí. (49) Disponible aquí. (50) El Espacio Schengen hace referencia a una zona en las que 26 naciones europeas diferentes reconocieron la abolición de sus fronteras interiores con otras naciones miembros y fuera de ellas para la libre circulación y sin restricciones de personas, bienes, servicios y capital, en armonía con unas normas comunes de control de fronteras exteriores y siguiendo una lucha contra la delincuencia mediante el fortalecimiento del sistema judicial común y la cooperación policial.

- Mujeres durante el embarazo, parto y post-parto.
- Enfermedades mentales.
- Enfermedades crónicas
- Enfermedades infectocontagiosas.

Además, todas las personas en situación irregular, que cumplan con los requisitos establecidos en el punto cuarto de la instrucción, deberán rellenar el formulario[51] y entregar el mismo en el centro de salud correspondiente a su domicilio, desde donde se remitirá a la Delegación Territorial de Salud para verificar el cumplimiento de los requisitos solicitados.

POSIBLES SITUACIONES

- **Sin empadronamiento / Sin documento de identidad** Se elaborará un informe acreditando la imposibilidad de empadronarse, y este informe sustituirá al empadronamiento para poder hacer la solicitud. El problema está en que de esta forma no se gana antigüedad de empadronamiento y no se llega al acceso completo. Del mismo modo, y siempre que haya una situación sanitaria que lo justifique podrá hacerse la solicitud de asistencia sanitaria, aunque la persona interesada no cuenta con un documento de identidad.
- **Estancia acreditable en espacio Schengen de al menos 3 meses, y empadronamiento.** Se asignará médica/o de cabecera obteniendo acceso a toda la cartera de prestaciones de Osakidetza, sin embargo, no se obtendrá una resolución estimatoria o denegatoria. La aportación farmacéutica será del 40%.
- **Empadronamiento de más de 3 meses**.Se asignará médica/o de cabecera obteniendo acceso a toda la cartera de prestaciones de Osakidetza, sin embargo, no se obtendrá una resolución estimatoria o denegatoria. La aportación farmacéutica será del 40%.

El padrón: fuente de inspiración para mejorar el acceso a la sanidad de personas extranjeras en situación irregular en la Comunidad de Madrid

En RDL 7/2018 no menciona el empadronamiento como requisito para que las personas extranjeras en situación irregular puedan acceder al sistema de sanidad. Sin embargo, en algunas CCAA el acceso a la atención sanitaria está condicionada a que estas personas estén empadronadas un mínimo de tres meses.

En el caso de la Comunidad de Madrid, si bien en teoría no estar empadronado no debería suponer un motivo de denegación en el alta del sistema sanitario, en la práctica se observa que el empadronamiento se erige

(51) Disponible aquí.

con frecuencia como una barrera insalvable para muchos inmigrantes en situación irregular.

Si bien el empadronamiento constituye una prueba fehaciente para demostrar la residencia efectiva de una persona en España, en muchas ocasiones las personas extranjeras tienen dificultades para registrarse en el padrón, ya sea por la ausencia de documentación (por ejemplo, es, por desconocimiento del derecho (y el deber) de empadronarse o por temor a relacionarse con la administración pública, dada su situación de irregularidad.

La ausencia de un certificado o volante de empadronamiento no debería ser causa para denegar el acceso a la sanidad de las personas extranjeras en situación irregular, pues supondría la privación de un derecho que tienen reconocido en el RDL 7/2018. En su documento con recomendaciones a las CCAA, el Ministerio de Sanidad proponía el uso de documentos alternativos, como cartas de viaje expedidas por consulados o los certificados de escolarización de las hijas e hijos, que acreditasen la residencia efectiva en caso de ausencia de certificado o volante de empadronamiento.

Además de estas nuevas vías, otra solución posible sería aplicar por analogía la propia normativa relativa a la gestión de Padrón municipal. El Padrón es el registro administrativo que pretende reflejar el domicilio donde residen las personas que viven en España, independientemente de los derechos que puedan o no corresponder al vecino para residir en ese domicilio, ni por los derechos que podrían derivarse de la expedición de una certificación acreditativa de aquel hecho. Es por ello por lo que se trata de una normativa —actualizada el pasado mes de mayo— que recoge un gran número de supuestos, intentando así abarcar la totalidad de la casuística cuando se trata de identificar a una persona y el domicilio de esa persona.

Para ello, prevé el uso de un amplio número de documentos para probar tanto la identidad en el caso de inmigrantes de países terceros como el domicilio de residencia, requisitos necesarios para inscribirse en el padrón municipal. En el caso de los documentos acreditativos de identidad, además del NIE o el pasaporte, también podrían usarse, entre otros:

- la fotocopia de cualquier documento de identificación sustraído o extraviado, tanto si estaba en vigor como caducado, siempre que vaya acompañada por la denuncia formulada al respecto ante la Policía, junto con la solicitud de renovación del propio documento;
- la cédula de inscripción, en caso de apátridas;
- en caso de solicitantes de asilo, resguardo de presentación de solicitud de protección internacional o documentos acreditativos de la condición de solicitante (tarjeta roja);
- en caso de menores no acompañados (MENA), ficha de inscripción expedida por el Ministerio del Interior;
- libro de familia o certificado de nacimiento, en caso de menores de edad hasta los 14 años.

En lo que respecta a los documentos acreditativos de residencia, además del título de propiedad o el contrato de alquiler, la normativa hace mención a cuatro casos especiales de empadronamiento, donde

muchas personas extranjeras en situación irregular suelen encontrarse:

- empadronamiento en un domicilio en el que ya consten empadronadas otras personas, donde se deberá presentar una autorización por escrito de una persona mayor de edad que figure empadronada en ese domicilio;
- empadronamiento en establecimientos colectivos, donde será necesaria la autorización de la persona que ostente el cargo de director del establecimiento;
- empadronamiento en infraviviendas, siendo posible inscribir como domicilio válido chabolas, caravanas, cuevas, etc.;
- personas sin domicilio, donde los Servicios Sociales juegan un papel crucial, debiendo informar sobre la habitualidad de la residencia de la persona, ofrecer una dirección postal y comprometerse a intentar localizar a la persona sin domicilio cuando reciba a dicha dirección una comunicación procedente de alguna Administración Pública.

Dado que el RDL 7/2018 reconoce el derecho de las personas extranjeras en situación irregular al acceso a la atención sanitaria, la normativa no sólo tendría que evitar trabas administrativas que pudieran dificultar el acceso de estas personas, sino que también debería ser sensible a la situación de especial vulnerabilidad en la que viven muchas de estas personas. En este sentido, la normativa del padrón podría servir de inspiración para el legislador autonómico.

unir LA UNIVERSIDAD EN INTERNET

RECTORADO

Avenida de la Paz, 137
26004 Logroño
España
+34 941 210 211

DELEGACIÓN MADRID

Calle de García Martín, 21
28224 Pozuelo de Alarcón
España
+34 915 674 391

DELEGACIÓN COLOMBIA

Calle 100 # 19 – 61
Edificio Centro Empresarial 100.
Oficina 801
+571 5169659

DELEGACIÓN MÉXICO

Avenida Universidad 472,
Colonia Vértiz Narvarte, Benito Juárez,
03600 Ciudad de México
+52 (55) 3683 3800

DELEGACIÓN ECUADOR

Avenida República E7-123 y
Martín Carrión (esquina)
Edificio Pucará
(+593) 3931480

DELEGACIÓN PERÚ

Gabriel Chariarse, 415
San Antonio, Miraflores
Perú, Lima
(01) 496 – 8095

unir.net | +34 941 209 743