



Recomendación General del Ararteko 8/2013, de 24 de setiembre.

Limitación derivada del empadronamiento previo, en el acceso a la asistencia sanitaria a las personas que no tienen la condición de aseguradas en el Sistema Nacional de Salud.

I. Antecedentes

1. Tras la aprobación del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, podemos decir que las vicisitudes en torno a la acreditación del derecho a la asistencia sanitaria de personas extranjeras en situación administrativa irregular han culminado con la aprobación de la [Orden de 4 de julio de 2013](#), del Consejero de Salud del Gobierno Vasco. Así pues, para este colectivo es de aplicación en nuestra Comunidad Autónoma el requisito de empadronamiento de un año previsto en el [Decreto 114/2012, de 26 de junio](#).

Después de que el [Auto 239/2012, de 12 de diciembre de 2012](#) del Tribunal Constitucional, levantara la suspensión de determinados apartados de este Decreto, el Ararteko abrió en enero de este año un expediente de oficio con el fin de conocer las actuaciones previstas en este ámbito y preguntó al Departamento de Salud del Gobierno Vasco sobre los requisitos establecidos en los apartados vigentes, con especial mención a su artículo 2.3.

En la respuesta a nuestra petición de información se nos comunicó lo siguiente:
“En el supuesto de los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España y empadronados en Euskadi, pero que no cumplen el requisito de empadronamiento continuado de, al menos, un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria se procederá de la siguiente manera: valorada la solicitud, si es favorable porque cumple con el resto de requisitos, se les remitirá un documento de asistencia que tendrá validez en tanto no se cumplan los requisitos establecidos en el Decreto 114/2012, de 26 de junio”

Atendiendo a esa información, hemos respondido a las quejas que hemos recibido, tanto individuales como de organizaciones sociales, por la negativa de peticiones de tarjetas sanitarias a personas extranjeras en situación administrativa irregular que no pueden acreditar su empadronamiento un año antes de su petición de tarjeta, en el sentido de que la administración sanitaria nos había anunciado la intención de facilitar su acceso a una tarjeta válida en nuestra CAE.

2. A finales de mayo, con motivo de una nueva queja, volvimos a pedir información al Departamento de Salud situando nuestra petición en el contexto de aquella comunicación del mes de abril en la que, a nuestro entender, la administración mostraba su intención de habilitar un cauce que permitiera el acceso a la asistencia sanitaria a las personas en situación irregular que no cumplieran aquel requisito de un año.





La respuesta del Departamento de Salud, posterior a la publicación de la mencionada Orden de 4 de julio de 2013, sin embargo nos ha indicado, con relación a la respuesta de abril arriba transcrita, que *“No se debe interpretar por la lectura de este texto que el Departamento de Salud iba a facilitar tarjeta sanitaria a las personas en esta situación. A las personas que no cumplen el requisito del Decreto 114/2012 les es aplicable el art. 3 ter del ROL 16/2012 que establece que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa hasta la situación de alta médica, y la asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.”*

Vemos que esta última respuesta se refiere a **tarjeta sanitaria**, mientras que la comunicación de abril hablaba de **“documento de asistencia, que tendrá validez en tanto no se cumplan los requisitos establecidos en el Decreto 114/2012, de 26 de junio”**. No obstante esa diferencia, consideramos que no estamos ante un problema de interpretación. Con una u otra denominación, es evidente que se nos comunicó la intención de abrir un cauce para ofrecer un documento de asistencia a quienes no cumplan el requisito de un año de empadronamiento.

La opción de la Orden de 4 de julio de 2013, para regular únicamente el procedimiento para el reconocimiento de la asistencia sanitaria en la CAE, al establecer un procedimiento para obtener el documento identificativo correspondiente únicamente a quienes cumplan los requisitos del Decreto 114/2012, refleja un cambio en esa voluntad anteriormente expresada. Por ello nos ha parecido necesario hacer esta recomendación, para que se permita el acceso a la asistencia sanitaria de las personas necesitadas que no pueden hacerlo en función de la limitación derivada de su tiempo de empadronamiento.

II. Consideraciones

1. En primer lugar es necesario tener en cuenta la consideración del derecho a la salud como un derecho humano en el Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH), y también en la Constitución Española. Una reflexión sobre el valor del DIDH y el significado del enfoque de derechos humanos en las políticas públicas la encontramos en el estudio del Ararteko [“Los derechos humanos como base de las políticas públicas en tiempos de crisis económica”](#) (junio de 2012).

En lo que respecta a las restricciones impuestas a determinados colectivos para acceder a la asistencia sanitaria, el Real Decreto-ley 16/2012, ha supuesto un retroceso en la configuración del derecho a la salud, sin que haya quedado justificada su necesidad.



Una de las obligaciones que establece el [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#), PIDESC (del que España es parte) es la de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, sin discriminación y sin regresividad.

En criterio del Comité DESC de Naciones Unidas, encargado de la vigilancia del cumplimiento del PIDESC, la adopción de una medida regresiva debe ir aparejada de una demostración previa de que la medida en cuestión esté debidamente justificada en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles. También es necesario fundamentar que la situación de estas personas no se va a agravar con las restricciones impuestas.

Los poderes públicos soportan la carga de justificar ante la ciudadanía la idoneidad de sus políticas. A falta de tales estudios, es razonable pensar que las medidas limitativas no tienen justificación suficiente.

A este respecto, cabe recordar el Auto del TC de diciembre de 2012, que levantó la suspensión de determinados apartados del Decreto 114/2012, de 26 de junio, cuyo fundamento 5 sobre la mera alegación del ahorro económico realizada por el Estado dice lo siguiente: *“el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado, entendemos que se justifica el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita.”*

En este contexto, debemos considerar que la obligación de proteger el derecho a la salud sin discriminación y regresividad, emanada de los estándares internacionales, ha sido vulnerada con las restricciones impuestas en el acceso a la asistencia sanitaria a las personas que están en situación administrativa irregular.

2. En los antecedentes nos hemos referido a las respuestas, transcritas, que el Departamento de Salud dio al Ararteko sobre las actuaciones previstas en los apartados vigentes del Decreto 114/2012, con especial mención al artículo 2.3, relativo al empadronamiento de 1 año. También hemos indicado que la opción de la Orden de 4 de julio de 2013, al limitarse a establecer el procedimiento para obtener el documento acreditativo del derecho por quienes cumplan los requisitos del Decreto 114/2012, es reflejo de un cambio en la voluntad que anteriormente se nos comunicó respecto de quienes no cumplen la condición de un año.





Ahora bien, si no fuera así, es decir, si persiste la intención de que para *“los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España y empadronados en Euskadi, pero que no cumplen el requisito de empadronamiento continuado de, al menos, un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria se valorara su solicitud, y si es favorable porque cumple con el resto de requisitos, se les remitirá un documento de asistencia que tendrá validez en tanto no se cumplan los requisitos establecidos en el Decreto 114/2012, de 26 de junio”*, nos preguntamos sobre cómo es posible arbitrar un cauce que ofrezca la necesaria seguridad jurídica a las personas afectadas que se encuentren en esa situación.

Tras la aprobación del Decreto 114/2012, apreciamos datos que llevaban a pensar que durante un tiempo, sin perjuicio de los requisitos formalmente establecidos, había una exigencia *devaluada* de los mismos, permitiendo de hecho que se reconociera el derecho a personas que no cumplían el requisitos de un año.

Además de que esa situación ha cambiado, el principio de seguridad jurídica aconseja evitar tales funcionamientos donde se den procedimientos que no se adecuan a la configuración legal del derecho. Si existe esa voluntad, no parece que exista una opción que no sea una adecuación normativa del mismo rango.

3. Tras sopesar las alegaciones en torno a los intereses traídos a colación por el Estado y la CAE sobre el alcance del Decreto 114/2012 por permitir el acceso a la asistencia sanitaria de las personas excluidas de la cobertura del sistema público de salud, el Auto del Tribunal Constitucional, de diciembre de 2012, levantó la suspensión de su vigencia.

Al justificar el levantamiento de la suspensión de la vigencia del Decreto 114/2012, el TC ha tenido en cuenta el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas a quienes afectan las medidas impugnadas por el Estado, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad.

El Tribunal Constitucional hace suyos los argumentos del Gobierno Vasco, considerándolos vinculados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles, y entiende que son motivos que no pueden ser desvirtuados por la mera consideración de un ahorro económico.

Por lo que respecta al concreto aspecto de un año de empadronamiento, no vemos que el Auto de suspensión ofrezca razones nuevas, distintas a las que el Decreto 114/2012, de 26 de julio habría tenido en cuenta al establecerlo en el momento de su aprobación. Es por ello que el principal valor del Auto lo encontramos en la seguridad que nos ofrece respecto del instrumento normativo





elegido, que hace posible que el colectivo excluido del Sistema Nacional no lo sea en el Sistema Vasco de Salud, no por tanto en lo que respecta al requisito del tiempo exigible.

Por su parte, tampoco la exposición de motivos de este Decreto nos ofrece pistas para explicar la razón por la que estableció esa limitación relativa al tiempo de empadronamiento previo.

El Decreto 114/2012, ha supuesto que quienes tienen restringido el acceso a la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud puedan hacerlo en el ámbito de la CAE. Sin embargo, la limitación de un año deja sin derecho a asistencia a las personas que no cumplan el requisito de un empadronamiento previo durante ese tiempo.

Esa restricción, desde el punto de vista de las obligaciones dimanantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recogido al inicio, demanda igualmente que exista una acreditación de la necesidad económica que esa restricción conlleva y de que su situación no queda agravada. A este respecto, podemos traer aquí de nuevo a colación la necesidad antes apuntada sobre la insuficiencia de una mera alegación de un eventual ahorro económico, recogida por el TC en el Auto de levantamiento de la suspensión del Decreto 114/2012.

Expuesto lo anterior, al igual que cuando preguntamos en enero sobre las previsiones que el Departamento de Salud pudiera tener para adecuar el Decreto 114/2012, esta recomendación busca promover un mayor acercamiento de las personas que no cumplen el requisito de empadronamiento de un año.

4. Resulta ineludible que la atención sanitaria, que tiene un indudable calado humano y afecta a la propia esencia del ejercicio de los derechos humanos, sea abordada en primer lugar desde una perspectiva jurídica.

Con la aprobación del RDL 16/2012 de 2012, de 20 de abril, la atención sanitaria de las personas extranjeras en el Sistema Nacional de Salud se ha limitado a quienes se encuentran en situación administrativa regular y, posteriormente, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, el Decreto 114/2012, reconoció a estas personas su derecho a la asistencia sanitaria, previo cumplimiento de determinados requisitos.

A tenor de los pronunciamientos habidos desde la aprobación del citado RDL 16/2012, en lo que respecta a la restricción en el acceso a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular, es claro que otras opciones normativas son también jurídicamente admisibles en el ámbito autonómico.

Actualmente podemos decir por tanto que la encrucijada es más sanitaria y ética, que jurídica. Sanitaria, porque superada la discusión jurídica sobre la





posibilidad de permitir en nuestra Comunidad Autónoma el acceso a su asistencia sanitaria con independencia de su situación administrativa, las mismas razones que han llevado a reconocer el derecho mediante Decreto 114/2012, es de prever que la eliminación del límite de un año tendrá efectos positivos para la salud. También ética, porque el compromiso de los representantes políticos, no sólo de los profesionales sanitarios, deberá jugar un papel esencial para afrontar el reto de la atención de estas personas.

A diferencia del Real Decreto-ley 16/2012, la opción del Decreto 114/2012, del Gobierno Vasco conlleva el reconocimiento de que, desde una perspectiva individual, es necesario que este colectivo tenga reconocido el derecho a una asistencia sanitaria, lo que a su vez supone mayores garantías de protección para el resto de la sociedad.

Partiendo de esa consideración, lo cierto es que la exigencia de un año de empadronamiento se muestra como una barrera para ese objetivo de acercar a estas personas al sistema público de salud. Ocurre además que tampoco el [Real Decreto 576/2013, de 26 de julio](#), que regula las condiciones que para suscribir un convenio especial deben cumplir las personas que no tengan la condición de asegurada o beneficiarias, ofrece respuesta a este colectivo, al establecer un tiempo continuado de un año de residencia efectiva previa.

Si las razones para establecer esa limitación fueron de carácter económico, debemos recordar que el Decreto 114/2012 optó por razones sanitarias, tanto individuales como de carácter general, por acoger a los colectivos excluidos por el RDL 16/2012.

El problema se agrava posiblemente en el caso de extranjeros que carecen del derecho a la libre circulación entre los estados miembros de la UE, que se pueden encontrar en situación de clandestinidad. Sin embargo, sería un error pensar que son estos los únicos que tienen obstáculos para poder acceder al sistema de salud en las condiciones que requieren.

Ante esta situación en la que se encuentran personas que viven en nuestro entorno, pensamos que cualquiera de las perspectivas desde la que analicemos la atención de estas personas -ética, legal o sanitaria-, debería llevarnos a tratar de eliminar las restricciones existentes, para superarlas.

El derecho a la salud, ligado al acceso a las prestaciones sanitarias, es un derecho humano fundamental y universal que debe, asimismo, aplicarse a todas las categorías de población. Pero más allá de las razones evidentes de justicia o equidad, algunas voces se refieren a datos de índole sanitaria a tener en cuenta, para procurar, no solo eliminar esas barreras jurídicas, sino para ir más allá y tratar precisamente lo contrario, es decir, lograr el acercamiento de este colectivo a los sistemas de salud. Desde este punto de vista, podemos decir que existe un interés que trasciende de un derecho individual a acceder a la atención sanitaria.





Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución el Ararteko ha considerado oportuno formular al Departamento de Salud del Gobierno Vasco la siguiente

RECOMENDACIÓN GENERAL

Que se revise el límite de un año de empadronamiento establecido en el Decreto 114/2012, de 26 de junio, de manera que sea posible el acceso efectivo a la asistencia sanitaria de las personas que no tienen la condición de aseguradas ni beneficiarias del Sistema Nacional de Salud.

