

PROTECCIÓN SOCIO SANITARIA DEL COLECTIVO VULNERABLE DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA¹.

SOCIAL-HEALTH PROTECTION OF THE VULNERABLE COLLECTIVE OF ILEGAL IMMIGRANTS IN SPAIN

Luis Esteban Delgado del Rincón²

RESUMEN

La protección social y sanitaria de las personas es un objetivo ineludible de un Estado social, más aún en tiempos de crisis económico-sanitarias como la actual, en las que sufren sus consecuencias colectivos especialmente vulnerables como el de los inmigrantes en situación irregular. El trabajo analiza la evolución del régimen jurídico del derecho a la protección de la salud de este colectivo en España, indicando algunos inconvenientes y proponiendo algunas reformas

PALABRAS CLAVE: Estado social; asistencia social y sanitaria; grupos vulnerables

ABSTRACT

The social and health protection of people is an unavoidable objective of a social State, even more so in times of economic-health crisis such as the current one, in which especially vulnerable collective consequences such as ilegal immigrants suffer. This paper analyzes the evolution of the legal regime of the right to protection of the health of this group in Spain, indicating some inconveniences and proposing some reforms

KEYWORDS: Social state; social and health care; vulnerable groups

¹ Este trabajo es el resultado de una ponencia invitada que se impartió el día 22 de marzo de 2013, en el *II Congreso internacional de la Rede Ibero-americana de pesquisa e Seguridade Social (RIPSS)*, sobre “Los desafíos para una Seguridad Social postmoderna”, organizado por la Red y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales de la Universidad de la Frontera, Temuco, Chile. El trabajo se ha realizado también en el marco del Proyecto de investigación “España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos” (ref: DER2016-75993-P, 2017-2020). El texto que se presenta para su publicación es básicamente el que se utilizó en la exposición oral, al que se ha incorporado la bibliografía y notas a pie de página. También se han añadido algunos argumentos procedentes de otras publicaciones del autor y actualizado informaciones. Aun así, mantiene algunas licencias propias de la versión oral.

² Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Burgos (España). Por esta Universidad obtuvo el grado de doctor en Derecho (2000) y el premio extraordinario de doctorado. Es también Vocal de la Junta Electoral de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, nombrado por el Presidente de la Junta de Castilla y León el 21 de marzo de 2019. Desde el año 1990 ha desempeñado labores docentes e investigadoras en las Facultades de Derecho de las Universidades de Valladolid y de Burgos. Ha realizado estancias investigadoras en centros de las Universidades de Pisa, (1992), Harvard (1993), en la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, en Bruselas (2015) y en la Universidad de Coimbra, en Portugal (2019). Email: ldelgado@ubu.es

ESTADO SOCIAL, SEGURIDAD SOCIAL Y PROTECCIÓN DE LA SALUD: ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

La Constitución española de 1978 (CE), al igual que otros textos constitucionales europeos y latinoamericanos, define en su art. 1 a España como un Estado social. Como es sabido, esta cláusula, que se añade a la forma de Estado democrático de derecho, supone la intervención de los poderes públicos en los ámbitos social y económico para promover la justicia material y garantizar la igualdad real y efectiva de los ciudadanos y de los grupos en que se integren (art. 9.2 CE). Para alcanzar esta finalidad, se reconocen en la Carta Magna un tipo de derechos, los derechos sociales, que atribuyen a sus titulares la facultad de reclamar del Estado determinadas prestaciones, que están relacionadas con las condiciones por las que el individuo se inserta en la sociedad. Aunque, según se ha dicho, los derechos sociales constituyen una manifestación de la igualdad real y de la justicia social, ha de afirmarse también que son expresión de la libertad y de la democracia. Así, por ejemplo, la protección de la salud y el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social son condiciones necesarias (aunque no suficientes) de la libertad. En otras palabras, los derechos sociales no sólo son una exigencia del Estado social sino también de un Estado de derecho (de unos poderes públicos sometidos al Derecho, a las normas constitucionales reconocedoras de los derechos sociales) y de un Estado democrático (puesto que sin derechos sociales efectivos no hay verdadera ciudadanía, sino una sociedad de castas)³.

El constituyente español de 1978, para hacer más visible la cláusula del Estado social, enumera de modo amplio y generoso los derechos sociales. Lo hace en el capítulo III del Título I, bajo la rúbrica de los “principios rectores de la política social y económica”. Separados del capítulo II, sección 1ª, en la que se incluyen los derechos fundamentales y las libertades públicas. La desactivación de los derechos sociales como

³ Cfr., en este sentido, REY MARTÍNEZ, F., “Derribando falacias sobre derechos sociales”. En Cascajo Castro, José Luis, Terol Becerra, Manuel, Domínguez Vila, Antonio y Navarro Marchante, Vicente (coords.): *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 634; FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003, pp. 140-142 y 151-154 y ARAGÓN REYES, M., “Artículo 1”. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y M. E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo 1, Fundación WoltersKluwer, Madrid, 2018, pp. 39-41.

verdaderos derechos fundamentales se desprende del art. 53.3 CE, cuando dice que dichos principios “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Solamente “podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. En consecuencia, tal y como ha reconocido también la jurisprudencia constitucional, los derechos sociales se construyen como derechos de configuración legal, como derechos que están condicionados por lo económicamente posible, aunque dicho condicionamiento sea también aplicable a los derechos civiles⁴.

La Constitución española menciona expresamente en su capítulo III, “de los principios rectores de la política social y económica”, bajo una tipología normativa diferente y en preceptos situados casi de modo sucesivo, los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social. Así, el art. 41 CE contiene un mandato específico dirigido a los poderes públicos, al obligarles a mantener “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”. Sin perjuicio de que sean “libres” “la asistencia y prestaciones complementarias”. El art. 43.1 CE, como si de un derecho subjetivo se tratara, afirma literalmente que “se reconoce el derecho a la protección de la salud”, previendo también en los apartados 2º y 3º algunos mandatos destinados a los poderes públicos para “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”, así como para fomentar “la educación sanitaria, la educación física y el deporte”, o facilitar “la adecuada utilización del ocio”.

⁴Vid., entre otros, COURTIS, C. y ABRAMOVIC, V., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 85-89; ESCOBAR ROCA, G., “Los derechos fundamentales sociales de prestación”. En G. Escobar Roca, (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012, pp. 459-493; SARLET, I.W., “Los derechos sociales a prestaciones en tiempos de crisis”. En Miguel Ángel Presno Linera (coord.): *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado y la Cátedra de amparo de derechos y libertades, Oviedo, 2012, pp. 5-6: (http://www.procuradorageneral.es/catedra/libro_digital_procura.php) y PONCE SOLÉ, Julio: *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013, pp. 60-82 y “El Estado social y democrático de derecho ante la austeridad y los recortes sociales: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués y su interés para el caso español”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 23, 2015, disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE23/articulos/10_PONCE.htm;

Se trata de unos preceptos cuya redacción está inspirada en normas de tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificadas por España y que constituirán un parámetro para su interpretación y aplicación, en virtud del mandato contenido en el artículo 10.2 CE, en relación con el artículo 96.1 CE. Algunas de estas normas internacionales que declaran los derechos con carácter universal son, en el ámbito de las Naciones Unidas, el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948, que establece que “toda persona” tiene derecho “a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud (...), la asistencia médica”, así como y “los servicios sociales necesarios” (...) y el derecho “a los seguros en casos de situaciones de necesidad: desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez”. O los artículos 9 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 16 de diciembre de 1966, cuando reconocen, respectivamente, los derechos de “toda persona” “a la seguridad social, incluso al seguro social” y al disfrute del “más alto nivel posible de salud física y mental”. En el seno Consejo Europa, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, ni ninguno de sus Protocolos Adicionales, contienen una norma expresa sobre los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social, ya que la asamblea constituyente estaba más preocupada en esos años de tutelar los derechos civiles y políticos en Europa que de reconocer derechos sociales en concreto. Será la Carta Social Europea (CSE), de 18 de octubre de 1961, revisada el 3 de mayo de 1996, la que, en sus artículos 11 y 12, proclamará los derechos a la protección de la salud y a la asistencia médica, así como a la seguridad social, imponiendo medidas a los Estados parte para hacerlos efectivos. Aunque se posterior a la aprobación de la Constitución, han de tenerse en cuenta también, en el marco de la Unión Europea, los artículos 34 y 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), de 7 de diciembre de 2000, en su versión adaptada tras la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, en los que se reconocen, respectivamente, el derecho “de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en determinados casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo” y el derecho “toda persona a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria”. De igual modo ha de citarse, como Derecho originario, el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

(TFUE), después de la reforma y entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que incluye entre las políticas y acciones internas de la Unión “la salud pública”, disponiendo en su apartado 1º, por influencia del artículo 12.1 PIDESC, que ha de garantizarse “un alto nivel de protección de la salud humana”.

Estas normas internacionales son estándares mínimos de tutela de los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social como derechos humanos básicos⁵. Esto es, como derechos inherentes a la persona que, en el caso del derecho a la protección de la salud, tiene además una relación próxima con la dignidad y con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física. La característica de la universalidad, expresada con las palabras “toda persona” o “todos”, supone la atribución de la titularidad del derecho a cualquier persona por el hecho de serlo y con independencia de la condición de nacional o extranjero, e incluso de la situación legal en la que se encuentre en el país. Como estándares mínimos de tutela del derecho, las normas internacionales obligan a los Estados firmantes a cumplirlas y a ajustar sus leyes al contenido de aquellas y a la interpretación realizada por sus órganos de supervisión. Y ello sin perjuicio de que algunas de las decisiones adoptadas por dichos órganos de control, como las observaciones generales o declaraciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (Comité DESC) o los informes u observaciones interpretativas del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa (CEDS) se sitúen en el ámbito del denominado *soft-law*.

Con la aprobación de la Constitución de 1978, tal y como se ha dicho, se regula “el derecho a la protección de la salud” en el artículo 43.1 CE, desvinculándolo del “régimen público de Seguridad Social” del artículo 41 CE. Esta regulación separada de la protección de la salud respecto de la Seguridad Social se constata también en el ámbito competencial, al atribuir al Estado, en diferentes preceptos, la competencia exclusiva sobre la “sanidad exterior y bases y coordinación general de la sanidad” (artículo 149.1.16 CE) y la competencia sobre la “legislación básica y régimen

⁵ Sin embargo, como afirma JIMENA QUESADA, L., “Artículo 43. El derecho a la salud”, en P. Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz (Dirs.) y C. Montesinos Padilla (Coord.). *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 830-831, “nuestro constitucionalismo social contemporáneo (...) ha adolecido en general, y en especial en el terreno de la salud, de un claro déficit de atención a los instrumentos internacionales básicos en la materia” de derechos humanos.

económico de la Seguridad Social” (art. 149.1.17 CE). De acuerdo con estos postulados constitucionales de separación de la asistencia sanitaria y de la Seguridad Social, y aunque el constituyente no haya optado expresamente por un modelo sanitario concreto (bismarckiano o de Beveridge), el legislador comenzó a implantar un modelo de sanidad universal de tipo Beveridgea partir de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS). Aunque, como se verá más adelante, con algunas interrupciones, como la acontecida entre los años 2012 y 2018, en los que se seguirá un sistema bismarckiano⁶.

En relación con el sistema de Seguridad Social configurado por la Constitución española y perfilado por la jurisprudencia constitucional, podemos destacar, brevemente y a grandes rasgos, los siguientes caracteres generales⁷.

1º) La Constitución prevé un sistema de Seguridad Social abierto, no impone un único modelo (SSTC 206/1997, de 27 de noviembre, FJ 5 y 78/2004, de 29 de abril, FJ 3). Establece un “régimen público” general y obligatorio, que puede ser completado voluntariamente con “prestaciones complementarias”, financiadas con fondos privados (STC 208/1988, de 10 de noviembre, FJ 3 y 66/1998, de 18 de marzo, FJ 1).

2º) La Seguridad Social es una “función de Estado”, al imponer la Constitución a los poderes públicos la obligación de crear y -mantener- “una estructura protectora de determinadas situaciones de necesidad”, que se apartaba “de concepciones anteriores en

⁶ El modelo sanitario tipo Beveridge, hacia el que evoluciona nuestro ordenamiento, se caracteriza no solo por perseguir una cobertura universal de las prestaciones, sino también por financiarse a través de la fiscalidad del Estado, según lo previsto en los presupuestos generales del Estado y en el marco de la financiación autonómica, tras la transferencia de competencias en materia sanitaria por el Estado a las Comunidades Autónomas. Esa financiación se desvincula, por tanto, de la condición de trabajador activo, del rendimiento del trabajo y de las cotizaciones a la Seguridad Social. La asistencia sanitaria se configura como un derecho no contributivo y el gasto sanitario como un gasto para conseguir una mayor redistribución de la renta y disminución de las desigualdades sociales. Sobre el proceso normativo de implantación de un sistema sanitario universal desvinculado de la Seguridad Social, véanse SEVILLA, F., *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*, Fundación Alternativas, Madrid, 2006, pp. 10-24 y DALLI, M., *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud. El Sistema Nacional de Salud Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 115-120.

⁷ Actualmente, el desarrollo legal del contenido del derecho y del sistema de Seguridad Social se contiene fundamentalmente en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Es la norma principal por la que el legislador da cumplimiento al mandato constitucional de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. Deroga el anterior Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias” (SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FFJJ 3 y 4; 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17 y 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 5).

3º) El acceso a “prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad” es un derecho de configuración legal, en el que el legislador tiene un amplio margen de actuación para determinar su contenido y el sistema de Seguridad Social que lo haga efectivo, aunque con ciertos límites como el respeto a su carácter público (forma parte de su esencia) y la uniformidad en su gestión económica⁸ (SSTC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3; 126/1994, de 25 de abril, FJ 5 y 213/2005, de 21 de julio, FJ 3).

4º) La Seguridad Social se concibe también como una garantía institucional, esto es, como una institución con un núcleo de prestaciones que mantengan su esencia, que la hagan reconocible, de tal modo que son indisponibles para el legislador (SSTC 37/1994, de 10 de febrero, FJ 4; 78/2004, de 29 de abril, FJ 3 y 213/2005, de 21 de julio, FJ 3 y 128/2009, de 1 de junio, FJ 4). Por ello, la protección dispensada por la Seguridad Social ha de tener una vocación universalista (“para todos los ciudadanos”); ha de cubrir verdaderas “situaciones de necesidad”, en las que puedan encontrarse una persona o un grupo social; las “prestaciones sociales” facilitadas por ella han de ser “suficientes”, aunque como derecho de estricta configuración legal, el legislador dispone de libertad para modular la acción protectora del sistema atendiendo a “las circunstancias económicas y sociales”, “las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales” (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 239/2002, de 11 de diciembre, FFJJ 5 y 6; 49/2015, de 5 de marzo, FJ 5 y ATC 4/2018, de 23 de enero).

⁸ En general, sobre ellos pueden consultarse, entre otros trabajos: VIDA SORIA, A., “Artículo 41, Seguridad Social”. En Alzaga Villamil, Óscar, (dir.). *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984, pp. 97-106; GARRIDO FALLA, F., “Artículo 41”. En F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 867-870; MARTÍN VALVERDE, A., En A. Martín Valverde, y J. García Murcia (dirs.) *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, vol. 1, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2018, pp. 88-96; MERCADER UGUINA, J.R., “Artículo 41”. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y M. E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo 1, Fundación WoltersKluwer, Madrid, 2018, pp. 1316-1335; GORELLI HERNÁNDEZ, J., y otros. *Lecciones de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 29-36 y PEÑA, P., “Sinopsis artículo 41” (actualizado por Sieira, S. y Rastrollo, A.), Disponible en la página web del Congreso de los Diputados: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=41&tipo=2>

5º). En un Estado descentralizado políticamente como el español, conforme a lo previsto en el artículo 149.1.17 CE, el Estado tiene la competencia exclusiva sobre el régimen económico de la Seguridad Social (para garantizar su unidad e impedir diversas políticas territoriales), sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (STC 46/1985, de 26 de marzo, FJ 2), y de la competencia de estas en materia de asistencia social (artículo 148.1.20 C.E), para atender “situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta” (SSTC 239/2002, de 11 de diciembre, FFJJ 5 y 6; 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4 y 134/2020, de 23 de septiembre, FJ 4) (como sucederá a partir del año 2012, con los inmigrantes en situación irregular, tras la reforma del Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril)

El mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de protección social y sanitaria de los individuos y de los grupos en que se integren para garantizar su igualdad real y efectiva, tiene una relevancia singular en relación con aquellos colectivos que se hallen en una situación desfavorecida o marginal por motivos sociales y/o económicos. La Constitución menciona expresamente algunos de ellos como los demandantes de asilo (art. 13), discapacitados (art.49), tercera edad (art. 50). No lo hace con los inmigrantes, ya que, cuando a finales de los años setenta se elabora la Constitución, España es todavía un país de emigrantes y no de inmigrantes. No obstante, sí establece el art. 13.1 CE que los extranjeros, sin distinguir su condición legal o ilegal, gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien de acuerdo con lo que dispongan los tratados internacionales y la ley; aunque habría que añadir, según la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional. En este sentido, como se verá más adelante en relación con los derechos del colectivo vulnerable de los extranjeros en situación administrativa irregular, en particular, del derecho de atención sanitaria, pueden destacarse, entre otras, las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre; 139/2016, de 21 de julio y 134/2017, de 16 de noviembre. También puede resaltarse, al respecto, la actividad jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha ido configurando un concepto jurídico europeo de vulnerabilidad respecto de determinados colectivos. Pueden citarse, entre otras decisiones, las SSTEDH en los asuntos *Chapman c. Reino Unido*, de 18 de enero de 2001, en la que se reconoció la condición de grupo

vulnerable a la minoría de etnia gitana; o *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 enero 2011, para los solicitantes de asilo que carezcan de recursos. En esta decisión, el TEDH tiene en consideración la vulnerabilidad específica de este grupo social, que puede ser extensible al de los inmigrantes en situación irregular, acudiendo a la concurrencia de determinadas circunstancias como “su recorrido migratorio y de las experiencias traumáticas que puede haber vivido en su transcurso” (parágrafo 232); o a “las condiciones en las que estuvo viviendo durante meses, en la calle, sin recursos, sin acceso a instalaciones sanitarias, sin forma de satisfacer necesidades básicas” (parágrafo 262)⁹.

La situación de vulnerabilidad puede agudizarse en situaciones de crisis económicas o sanitarias como la pandemia actual originada por el Coronavirus. De ahí las recomendaciones dirigidas a los Estados partes por algunos órganos de supervisión de tratados internacionales en materia de derechos humanos, para que las medidas que adopten en la lucha contra la pandemia sean acordes con las obligaciones contraídas en ellos de respeto a los derechos económicos, sociales y culturales. Destacamos, al respecto, la Declaración del Comité DESC de Naciones Unidas sobre “la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y

⁹ Algunas consideraciones sobre la construcción jurisprudencial de un concepto jurídico europeo de vulnerabilidad pueden verse en PRESNO LINERA, M.A., “Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables”. *ElCronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020. págs. 55-56, que alude a la relatividad del concepto, ya que su reconocimiento depende de factores diversos como los históricos, sociales, económicos o culturales. Otros trabajos que pueden ser consultados sobre la concepción constitucional de “vulnerabilidad” en el Estado social, son ALONSO SANZ, L., *El estatuto constitucional del menor inmigrante*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 102-112; las obras colectivas de PRESNO LINERA, M. (coord.), *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado y la Cátedra de amparo de derechos y libertades, Oviedo, 2012 y de ESCOBAR ROCA, G. (edit.), *Ombudsman y colectivos en situación de vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Acerca de la aplicación del concepto de “vulnerabilidad” al grupo de los inmigrantes, además del primer trabajo citado, cfr. también APARICIO WILHELM, M., “Inmigración y crisis económica: la fragilidad de los derechos y su incidencia en las personas inmigradas”. En Miguel Presno Linera (coord.) *Crisis económica...*, ob. cit., pp. 181-182; ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., “Estado social y protección de los más vulnerables: Constitución y nuevos derechos”, en Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada, (dirs.). *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 601-602; SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: “Ámbito y alcance de los derechos sociales en España: los colectivos vulnerables” y MÁRQUEZ PRIETO, A., “Crisis, vulnerabilidad y desprotección en la Seguridad Social española”, en Isabel González Ríos (dir.), *Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 82-84 y 212-215, respectivamente, y VALCÁRCEL BUSTOS, M.T.: “Competencias y reconocimiento de derechos de las personas vulnerables: sanidad, vivienda y derechos fundamentales” *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 111, 2018, pp. 352-358.

culturales”, de 17 de abril de 2020¹⁰. En ella, el Comité advierte ya de las repercusiones que la crisis sanitaria causada por la pandemia de covid-19 tiene para los derechos económicos, sociales y culturales de las personas, al agudizar las desigualdades entre ellas con una afectación especialmente grave sobre grupos desfavorecidos y marginados. Algunas de las recomendaciones que efectúa el Comité son: a) que las medidas limitadoras que se adopten sobre los derechos del Pacto han de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 4 PIDESC, esto es que sean necesarias para combatir la crisis de salud pública causada por la covid-19, que sean razonables, proporcionadas y respetuosas con la dignidad de las personas; b) que los Estados partes adopten con urgencia medidas específicas para proteger y mitigar los efectos de la pandemia sobre grupos vulnerables (personas mayores, con discapacidad, refugiados...).

También resulta interesante, en lo que aquí concierne, la Observación interpretativa del CEDS del Consejo de Europa sobre “el derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia”, de 21 de abril de 2020¹¹, en la que el Comité se dirige a los Gobiernos de los Estados miembros para que, durante el periodo de pandemia en que la vida y la salud de las personas se encuentran seriamente amenazadas, adopten las medidas necesarias para garantizar el derecho a la protección de la salud reconocido en la Carta Social Europea. Este derecho tiene la prioridad máxima en la aprobación de las políticas, leyes y otras acciones que se acometan como respuesta a la pandemia. Ahora bien, el CEDS recuerda también a los Estados partes que el derecho a la protección de la salud incluye el derecho de acceso a la atención médica, que debe garantizarse a todas las personas sin discriminación alguna, en particular a las que se encuentren en riesgo de exclusión social (personas sin hogar, con discapacidad, presos, personas mayores,

¹⁰Disponible en: <https://undocs.org/E/C.12/2020/1>. El Comité DESC se anticipaba al Comité de Derechos Humanos que aprobaba una Declaración sobre “la suspensión de obligaciones dimanantes del Pacto en relación con la pandemia de COVID-19”, de 30 de abril de 2020, en la que advertía también de la amenaza que la pandemia constituía para la salud mundial y de las repercusiones sobre el disfrute de los derechos civiles y políticos, al verse algunos de ellos restringidos gravemente por las medidas adoptadas por los Estados para combatirla. De igual modo, recuerda que esas medidas suspensivas de los derechos han de cumplir con los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, explicados por el Comité en sus observaciones generales, en particular en la Observación general nº 29 (2001), sobre los estados de excepción. Documento disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/COVIDstatementSP.pdf>

¹¹Disponible en: <https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640>

inmigrantes en situación irregular). En este sentido, como ha manifestado la OMS, la equidad en la salud debe ser el objetivo prioritario, no solo durante la pandemia sino también después de ella. Asimismo, el CEDS alerta a los Estados miembros para que las medidas que adopten contra la pandemia no conlleven la vulneración de otros derechos reconocidos en la Carta como el derecho a unas condiciones laborales seguras, el derecho a la seguridad social, el derecho a la vivienda o el derecho a no sufrir pobreza y exclusión social. Es más, el CEDS considera que los Estados deben de actuar para evitar que las personas se queden sin medios mínimos de subsistencia, ante el impacto de la crisis sanitaria sobre el empleo y los derechos laborales¹².

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ATENCIÓN SANITARIA DEL COLECTIVO VULNERABLE DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR COMO UN EJEMPLO CLARO DE LOS AVANCES Y RETROCESOS DEL MODELO DE SANIDAD UNIVERSAL

Según se ha dicho, el artículo 43.1 CE, por influencia de lo previsto en normas internacionales, reconoce con vocación universalista “el derecho a la protección de la salud”, dirigiendo, en los apartados 2º y 3º, algunas obligaciones a los poderes públicos para hacerlo efectivo. Es un derecho prestacional que atribuye a sus titulares la facultad de exigir a los poderes públicos aquellas prestaciones sanitarias, preventivas y curativas,

¹²Anteriormente, el Comité ya había expresado su posición, en diversas ocasiones, sobre la protección de los derechos sociales en tiempos de crisis económica. Así, respecto a la aplicación del art. 11.1 CSE a nuestro país, el CEDS recordaba ya en las Conclusiones XX-2 del Informe de 2013 (publicado en 2014), que “la crisis económica no puede servir de pretexto para una restricción o negación del derecho a la protección de la salud que afecte a la esencia misma del derecho”. Vid. el *Informe del Comité Europeo de Derechos Sociales, del Consejo de Europa, sobre la conformidad de la legislación de los países miembros con la Carta Social Europea: CONCLUSIONS XX-2 (2013)*, *European Social Charter European Committee of Social Rights (Spain)*, January, 2014, disponible en: [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDIdentifier%22:\[%22XX-2/def/ESP/11/1/EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDIdentifier%22:[%22XX-2/def/ESP/11/1/EN%22]}) De igual modo, en la introducción general de sus Conclusiones de 2009, el CEDS declaraba que la aplicación de los derechos sociales garantizados por la Carta había adquirido mayor importancia en un contexto de crisis económica mundial: “La grave crisis financiera y económica que estalló en 2008 y 2009 ya ha tenido importantes repercusiones en los derechos sociales, en particular los relativos al grupo de disposiciones “Salud, seguridad social y protección” (...). El aumento del nivel de desempleo está planteando un desafío a los sistemas de seguridad social y asistencia social, ya que el número de beneficiarios aumenta mientras que (...) los ingresos disminuyen. El Comité recuerda que, en virtud de la Carta, las Partes han aceptado procurar, por todos los medios apropiados, el logro de condiciones que permitan, entre otras cosas, el ejercicio efectivo del derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica y el derecho a beneficiarse de los servicios de bienestar social. Desde este punto de vista, el Comité considera que la crisis económica no debería tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta. Por consiguiente, los gobiernos están obligados a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos de la Carta se garanticen efectivamente en un período de tiempo en que los beneficiarios necesitan más la protección”. Cfr. Conclusiones (2009), Introducción general, disponible en <http://hudoc.esc.coe.int/eng>.

que tienen por finalidad preservar, conservar y, en su caso, restaurar la salud. Pero también impide que la salud de las personas sea amenazada o dañada por acciones del Estado o de los particulares¹³. Como derecho social, según la mayoría de la doctrina¹⁴ y la jurisprudencia constitucional¹⁵, es un derecho de libre configuración legislativa, en que el legislador dispone de un amplio margen para determinar su contenido. Su desarrollo se ha llevado a cabo a través de la legislación sectorial sanitaria, en la que pueden destacarse fundamentalmente dos leyes estatales que tienen la consideración de normas básicas: la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS). En la regulación del ámbito subjetivo, en lo que respecta a los extranjeros como titulares del derecho, hubo que tener en cuenta también la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LODYLE).

En la evolución del régimen jurídico del derecho a la protección de la salud de los extranjeros sin autorización de residencia en España pueden distinguirse tres hitos fundamentales relacionados con tres reformas legislativas: a) la reforma de la LODYLE por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre; b) la reforma de la LCCSNS por el 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; c) la reforma de la LCCSNS por el Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

¹³ Sobre estas dimensiones positiva y negativa del derecho a la protección de la salud, *vid.*, entre otros, PEMÁN GAVÍN, J.M., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pp. 79-97; MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 95; GOMES CANOTILHO, J.J., "Comentar no artigo 64". En Canotilho, José Joaquim Gomes y Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 825; LOUREIRO, J.C., "Direito à (protecção da) saúde". En Jorge Miranda (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no Centenário do seu Nascimento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 674-675 y SARLET, I.W., "Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988". *Direito e Democracia*, vol. 3, n. 1, 2002, pp. 341-342, disponible en: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2433/1659>.

¹⁴ Cfr., entre otros, GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, en F. Garrido Falla (dir.), Civitas, Madrid, 2001, p. 879 y JIMÉNEZ CAMPO, Javier: "Artículo 43, Protección de los derechos fundamentales", en O. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, p. 520 y ss.

¹⁵ *Vid.*, por todas, la STC 139/2016, de 21 de julio y las decisiones que se citan en el FJ 8.

1. LA REFORMA DE LA LODYLE POR LA LEY ORGÁNICA 2/2009, DE 11 DE DICIEMBRE.

Con anterioridad a esta reforma, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con carácter general y vocación universalista dispone, en su artículo 1.2, que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. “Los extranjeros no residentes en España...”, según el artículo 1.3, “tendrán garantizado el derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan” (Precepto que mantiene su redacción literal en la actualidad). Si los extranjeros con residencia legal en el territorio nacional estuvieran incluidos en el régimen de la Seguridad Social, también tendrían derecho a la prestación de la asistencia sanitaria pública, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.1 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio: “estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, (...) los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que (...) ejerzan su actividad en el territorio nacional” y estuviesen incluidos en algunos de los apartados previstos legalmente (trabajadores por cuenta ajena; por cuenta propia o autónomos; estudiantes; funcionarios públicos...). Si los extranjeros no estuviesen incluidos en el ámbito de la Seguridad Social podían recibir también asistencia sanitaria pública, en virtud de la aplicación de la legislación de extranjería y según lo previsto en el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que establecía en su artículo 2.1 que “los extranjeros tienen plenamente garantizados en el territorio español, en igualdad de condiciones que los españoles, los derechos que son inherentes a las personas”. Entre estos derechos estaba el de acceso a la asistencia sanitaria y a las demás prestaciones sociales, por los menores extranjeros que se hallen en el territorio español (artículo 12), por las mujeres embarazadas y en los casos de urgencia, de acuerdo con lo previsto en la legislación sanitaria específica y conforme a las normas internacionales suscritas por el Estado español.

Será la nueva Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la que en su artículo 12 eleva a rango

legal con cierto desarrollo normativo el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros¹⁶. Así, en su apartado 1º, atribuye la titularidad del derecho, en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros que se encontraran en España, siempre que estuviesen inscritos “en el padrón del municipio en el que residan habitualmente”. Asimismo, los apartados 2º, 3º y 4º, reconocen el derecho a la asistencia sanitaria pública a los extranjeros que se encuentren en España (residentes o no legalmente) en tres supuestos especiales: en los casos de urgencia por la contracción de enfermedades graves o accidentes; a los menores de dieciocho años, en las mismas condiciones que los españoles y a las embarazadas, durante el embarazo, parto y postparto. Son supuestos previstos expresamente en la ley, de conformidad con lo previsto en tratados internacionales, y en consideración a la situación de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse algunos de ellos como los menores o las mujeres embarazadas.

El artículo 12 LODYLE será reformado por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica mínimamente su apartado 1º y mejora la redacción de los supuestos especiales de los apartados siguientes. Aunque la modificación del apartado 1º sea leve, se sustituye la expresión del “padrón del municipio en el que residan habitualmente” por la del “padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual”, tendrá repercusiones importantes, ya que se origina una práctica entre los extranjeros sin autorización de residencia para acceder a los derechos de asistencia sanitaria y prestaciones sociales públicas consistente en la inscripción en el padrón municipal presentando documentos en los que conste que tienen su domicilio habitual en un municipio, aunque carezcan de pasaporte o de número de identificación de extranjero. Sin embargo, la inscripción en el padrón municipal podía causarles ciertos inconvenientes, ya que al poder acceder a sus datos la Dirección General de la Policía, esta podía incoarles un expediente de expulsión.

2.LA REFORMA REGRESIVA DE LA LCCSNS POR EL 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

¹⁶ Precepto que no tiene el carácter de Ley orgánica, tras la sustitución de la Disposición final 4ª de la LO 4/2000, de 11 de enero, por la Disposición final 1ª de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, modificadora de la LO 4/2000, de 11 de enero.

Una de las medidas que adoptó este Decreto-ley, aprobado por el Gobierno en el momento álgido de la crisis económica, fue la modificación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública, que se regula a partir de ahora en la legislación sanitaria, en la LCCSNS y no en la legislación de extranjería, en la LODYLE. Así, el apartado 1º del artículo 3 LCCSNS atribuye la titularidad del derecho a todas aquellas personas que “ostenten la condición de asegurado”. Estas se concretan en el apartado 2º: los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social; pensionistas o perceptores de prestaciones periódicas de la Seguridad Social; personas en situación de desempleo que han agotado la prestación o el subsidio por desempleo. Una de las consecuencias de esta medida –que suponía el paso de un modelo sanitario pretendidamente universal a otro vinculado a la cotización de cuotas a la Seguridad Social- será la exclusión de la asistencia sanitaria pública a ciertos colectivos de personas como los nacionales mayores de veintiséis años y los extranjeros sin autorización de residencia, salvo en los casos previstos en el artículo 3 ter LCCSNS: la atención en urgencias por enfermedad grave o accidente; la asistencia a las mujeres embarazadas durante el embarazo, parto y postparto y la atención a los menores de edad en las mismas condiciones que los españoles. Aunque la reforma restringía considerablemente la asistencia sanitaria pública a los extranjeros sin permiso de residencia, muchos de ellos en situación de marginalidad y exclusión social, mantenía dicha asistencia, de conformidad con lo previsto en tratados internacionales suscritos por España, en los supuestos especiales del artículo 3 ter LCCSNS¹⁷. Supuestos que conforman un contenido mínimo y nuclear, aunque insuficiente, del derecho a la protección de la salud. También se introdujo en el apartado 5º del artículo 3 LCCSNS la posibilidad de suscribir un convenio especial de atención sanitaria, mediante el pago de una cuota y la observancia de determinados requisitos, para las personas que no tuvieran la condición de asegurado o de beneficiario, extendiéndolo a los inmigrantes en

¹⁷ De igual modo se extendió la atención sanitaria pública a otros colectivos de extranjeros como las personas solicitantes de protección internacional y las víctimas de trata de seres humanos cuya permanencia y estancia en España hubiese sido autorizadas por estos motivos. Su cobertura sanitaria se establecía en las Disposiciones adicionales cuarta y quinta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

situación irregular¹⁸. El Defensor del Pueblo anticipó ya la escasa viabilidad de estos convenios para los extranjeros en situación irregular, por razones económicas y por la vulnerabilidad de muchos de los interesados, solicitando al Gobierno la exención, total o parcial, de la contraprestación económica¹⁹.

La reforma regresiva del Decreto-ley 16/2012 fue ampliamente criticada por la doctrina, por algunas organizaciones no gubernamentales y por instituciones públicas como el Defensor del Pueblo²⁰. También algunos organismos internacionales encargados de la supervisión de tratados sobre derechos humanos ratificados por España, emitieron informes y resoluciones que consideraban que el Estado español no se ajustaba a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, recomendándole la derogación de la legislación de urgencia²¹.

En un Estado compuesto y descentralizado políticamente como el español, en el que las Comunidades Autónomas tenían transferidas las competencias en materia de sanidad (aunque el Estado conservaba todavía algunas competencias exclusivas como la del artículo art. 149.1.16 CE sobre las bases y coordinación general de la sanidad), las entidades regionales reaccionaron de modo diferente en la aplicación de la reforma introducida por el Decreto-ley 16/2012. Un primer grupo aplicó de forma estricta el

¹⁸ Regulado en el 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.

¹⁹ Cfr. el *Informe anual 2013 del Defensor del Pueblo a las Cortes Generales*, Madrid, 2013, p. 263.

²⁰ Vid., por todos, DELGADO DEL RINCÓN, L.E., *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 44-48.

²¹ Citamos aquí algunos de los más significativos, como las *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, aprobadas en el 48º período de sesiones del 30 de abril al 18 de mayo de 2012, tras el examen del informe presentado por España (parágrafo 19), y las *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al sexto informe periódico de España*, aprobadas en el 63º período de sesiones el 29 de marzo de 2018, (parágrafo 42), disponibles en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fESP%2fCO%2f6&Lang=en. También el *Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia*, en su visita a España del 21 al 28 de enero de 2013, a invitación del Gobierno, disponible en el portal de Naciones Unidas-Derechos Humanos-Oficina del Alto Comisionado: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G13/144/78/PDF/G1314478.pdf?OpenElement>, (parágrafo 72). En el seno del Consejo de Europa, estaría el *Informe del Comité Europeo de Derechos Sociales, del Consejo de Europa, sobre la conformidad de la legislación de los países miembros con la Carta Social Europea*: CONCLUSIONS XX-2 (2013), *European Social Charter* European Committee of Social Rights (Spain), January, 2014, disponible en: [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#f%22ESCDcIdentifier%22:\[%22XX-2/def/ESP/11/1/EN%22\]](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#f%22ESCDcIdentifier%22:[%22XX-2/def/ESP/11/1/EN%22]) y CONCLUSIONS XXI-2 (2017), *European Social Charter*. European Committee of Social Rights (Spain), January, 2018, disponible en: [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#f%22ESCDcIdentifier%22:\[%22XXI-2/def/ESP/13/1/EN%22\]](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#f%22ESCDcIdentifier%22:[%22XXI-2/def/ESP/13/1/EN%22]).

Decreto-ley, excluyendo de la atención sanitaria (primaria y especializada) a los inmigrantes sin autorización de residencia (Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cantabria, Extremadura, Islas Baleares, La Rioja, Madrid, Murcia o Valencia). Otro grupo de ellas, basándose en la competencia exclusiva en materia de asistencia social (artículo 148.1.20 CE), aprobaron normas que contenían programas de salud pública o acción social, en virtud de los cuales y previo cumplimiento de determinados requisitos, otorgaban asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular en determinados casos como enfermedades crónicas o infecto-contagiosas (Galicia y Canarias; Aragón, Cantabria, Extremadura o Valencia). Un tercer grupo de Comunidades Autónomas decidieron, por el contrario, no aplicar el Decreto-ley 16/2012, aprobando normas de diversa tipología que facilitaban la atención sanitaria a los extranjeros sin autorización de residencia en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, siempre que cumplieran también determinados requisitos de carácter administrativo y económico (Navarra, Asturias, Andalucía, País Vasco, Cataluña y Canarias). Se basaban para ello en una concepción determinada de las bases del Estado, en virtud de la cual el Estado mediante la legislación básica establece para una materia determinada un mínimo común uniforme (como el fijado por el Decreto-ley 16/2012), que puede ser mejorado o ampliado por la legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas. Estas también presentaron ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Decreto-ley 16/2012, al entender, entre otros motivos, que vulneraban el derecho a la protección de la salud del artículo 43 CE, en relación con los artículos 10 y 14 CE, sobre la dignidad de la persona y la igualdad. Frente a la aprobación por las Comunidades Autónomas de las normas autonómicas referidas, el Gobierno de la nación reaccionó también interponiendo ante el Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad o un conflicto de competencia, en los que alegaba la vulneración de la legislación básica estatal y la invasión de competencias del Estado.

De las diferentes sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional sobre los recursos y conflictos planteados por las Comunidades Autónomas y el Gobierno de la nación, dos son las que, a nuestro juicio, han fijado doctrina jurisprudencial. Se trata de las SSTC 139/2016, de 21 de julio y 134/2017, de 16 de noviembre.

a) La STC 139/2016, de 21 de julio, que resolvía el recurso presentado por el Parlamento de Navarra, declaró, en lo que aquí interesa, que la limitación de la titularidad del derecho a la protección de la salud, excluyendo a determinados colectivos de personas, por el Decreto-ley 16/2012 es conforme a la Constitución y no conculca normas internacionales ratificadas por España. El Tribunal esgrime, entre otros, los siguientes motivos en los FFJJ 8 y 10:

- 1) El modelo de sanidad universal es “un objetivo a conseguir” por el legislador. La reforma del art. 3.1 y 2 LCCSNS por el Decreto-ley 16/2012 supone un “cambio de criterio del legislador”, que no es contrario a la Constitución, ya que esta “no ha prefigurado directamente” un determinado sistema sanitario.
- 2) El derecho a la protección de la salud es un derecho social, es un “derecho de configuración legal”, en el que “el legislador dispone de un amplio margen” para regular “las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios. En este sentido, puede “ser modulado en su aplicación a los extranjeros”, “según lo [que] dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible una diferencia de trato con los españoles en su ejercicio”. En otras palabras, “el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria” podrá ser limitado por el legislador tomando “en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España”.
- 3) En consecuencia, el legislador ha actuado dentro del margen de que dispone para “establecer sus prioridades”, sin que “la norma examinada responda a una opción arbitraria”, sino todo lo contrario, preserva “bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público (...), dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia”.

En su momento, discrepamos de la argumentación utilizada por el Tribunal, considerando, entre otros aspectos, que a la hora de determinar si hubo o no vulneración del derecho del art. 43 CE, el Tribunal debió de haber relacionado este derecho con otros derechos fundamentales, como así lo había hecho en decisiones anteriores, acudiendo incluso a la jurisprudencia de tribunales extranjeros o a los estándares de protección internacional, de los que la resolución se aparta. Asimismo, al estar ante una medida limitadora de un derecho, claramente regresiva, ni el legislador ni el Tribunal aportan una motivación suficiente que explique de forma detallada las razones de la reversibilidad, máxime cuando afecta a un colectivo vulnerable²².

²² Cfr. DELGADO DEL RINCÓN, L.E., *El derecho a la asistencia sanitaria...*, ob. cit., pp. 128-149.

b) La STC 134/2017, de 16 de noviembre, resolvería el problema competencial suscitado entre el Estado y las Comunidades Autónomas²³. Trae causa de un conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de la nación contra determinados preceptos del Decreto del Gobierno vasco 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, que extendía el acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Vasco de Salud a todas aquellas personas que habían sido excluidas de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios. El Tribunal Constitucional resuelve el conflicto planteado declarando la nulidad de los artículos impugnados al considerar que había existido una extralimitación de las competencias autonómicas y una vulneración de algunas de las competencias del Estado. Para ello, como se ha dicho anteriormente, opta por una determinada concepción de las bases del Estado.

Así, el Alto Tribunal afirma, en el FJ 4, que existe una concepción de las bases estatales como un mínimo común uniforme susceptible de mejora por las Comunidades Autónomas. Esta concepción cuantitativa está consolidada en el ámbito objetivo del derecho a la atención sanitaria, en que junto a las carteras que integran la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, que constituyen el mínimo común denominador para todo el Estado, la normativa básica del Decreto-ley 16/2012 prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar y mejorar el catálogo de prestaciones sanitarias en sus respectivos ámbitos territoriales, a través de la denominada cartera de servicios complementaria. Sin embargo, en el ámbito subjetivo del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, no opera una concepción cuantitativa, sino otra cualitativa, en virtud de la cual el Estado puede colmar el espacio normativo de un subsector de la materia de sanidad, como es la definición de quiénes

²³ Algunos de los últimos trabajos que se han ocupado del problema competencia en esta materia son, entre otros: SÁENZ ROYO, E., "La prestación sanitaria en el Estado autonómico: las incongruencias entre el modelo competencial y su financiación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 119, 2020, pp. 119-150; MARZAL YETANO, E., "Crisis y competencia por la competencia: el ejemplo de la inmigración", *Revista de Derecho Político*, n.º 98, 2017, pp. 121 y ss.; MONTILLA MARTOS, J.A., "La doctrina del Tribunal sobre las bases. Competencias cada vez menos compartidas", *Blog de la Revista catalana de dret públic*, enero de 2018, disponible en: <http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2018/01/31/la-doctrina-del-tribunal-sobre-las-bases-competencias-cada-vez-menos-compartidas-jose-antonio-montilla-martos/> y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., "El Estado autonómico social. El efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias", *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 46, 2017, pp. 27 y ss.

pueden ser titulares del derecho (asegurado y beneficiario) e impedir a las Comunidades Autónomas toda norma de desarrollo legislativo (FJ 5). Argumentación que, según reconocimos también en su día, no casa bien con el instrumento normativo bases-desarrollo en una materia de titularidad compartida como es la sanidad. Como se afirma en uno de los Votos particulares formulados a la sentencia, la legislación básica se convierte en “un muro rígido e infranqueable, que impide por completo el despliegue de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo”. Sustancialmente apenas se diferencia “de una competencia legislativa exclusiva del Estado”²⁴.

3.LA REFORMA CONDICIONALMENTE AMPLIATORIA DE LA LCCSNS POR EL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO, SOBRE EL ACCESO UNIVERSAL AL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Actualmente, la protección de la salud de los inmigrantes sin autorización de residencia que se encuentren en España se rige por lo dispuesto en el artículo 3 de la LCCSNS, reformado otra vez por la legislación de urgencia, esto es, por el Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud²⁵. En su Exposición de Motivos ya se dice que uno de los objetivos principales de la norma el restituir la atención sanitaria pública a los colectivos de personas excluidas por el Decreto-ley 16/2012 y acabar con la situación de inseguridad jurídica y desigualdad que habían generado las diversas normas autonómicas que reaccionaron contra él.

El artículo 3.1 LCCSNS establece, con carácter general, que serán titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria “todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español”. La atención sanitaria se vincula ahora a la condición de ciudadano residente y no exclusivamente a la de asegurado por ejercer una actividad laboral o percibir una prestación económica de la Seguridad Social. Ahora bien, esa declaración universal del

²⁴ *Ibíd.*, pp. 287-289.

²⁵ Un comentario a esta norma puede verse, entre otros, en DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 184, 2019, pp. 189-230; MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G., “La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº16, 2018, pp. 33 y ss. y LÓPEZ INSUA, B.M., “La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio”, *Lex Social*, vol. 9, nº. 1, 2019, pp. 295-336

derecho se desvanece en los demás apartados del artículo 3 LCCSNS, al introducir determinados requisitos que condicionan su ejercicio efectivo. Así, en lo que concierne a los extranjeros residentes legalmente, el artículo 3.2 LCCSNS exige que la residencia sea “legal y habitual en el territorio español” y que no tengan “la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía”, aunque no precise en qué casos y cómo²⁶. A los extranjeros comunitarios o de países con los que exista un convenio bilateral, se les facilitará la asistencia sanitaria de acuerdo con lo previsto en “los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social” o en “los convenios bilaterales” suscritos por España²⁷.

El nuevo artículo 3.ter, apartado 1º LCCSNS, inspirado también en el principio de la sanidad universal, establece que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales. Sin embargo, el apartado 2º condiciona la atención sanitaria pública al cumplimiento de ciertos requisitos, que se redactan de forma negativa, ambigua e imprecisa: a) que no se tiene “la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía” (cuál); b) que no se puede “exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia” (cómo); c) que no existe “un tercero obligado al pago”. Aunque estos requisitos son prevenciones que tienen por finalidad evitar un uso indebido del derecho, lo cierto es que para ejercer el derecho y acceder al sistema sanitario público los interesados tienen que acreditar que no se encuentran en las situaciones descritas en el artículo 3.ter.2 LCCSNS mediante documentos y certificados expedidos por los consulados en España o por las instituciones competentes de sus países de origen. En la

²⁶ Ante estas imprevisiones, algunas Comunidades Autónomas están exigiendo, incluso a ciudadanos de la Unión Europea y a extranjeros de Estados con los que España tiene firmado un convenio bilateral, un “certificado” emitido por la embajada o por la Administración de su país “de no exportación del derecho”. Cfr. el Informe de la *Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 REDEREs urgente garantizar la sanidad universal. No dejar a nadie atrás* (2018), Madrid. Disponible en: <https://reder162012.org/images/InformeOct2018/REDER-oct18-ESP.pdf>.

²⁷ A los extranjeros comunitarios les es aplicable, además, el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que traspone la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El art. 7.1.b) del Decreto exige a los ciudadanos europeos que deseen residir en el territorio español por un periodo superior a tres meses “un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España”.

práctica, la mayoría de las ocasiones, las personas afectadas difícilmente pueden obtener los documentos requeridos, máxime si se tiene en cuenta que algunas de ellas han salido ya de sus países de forma irregular²⁸.

El apartado 4º del art. 3 ter LCCSNS se remite a las Comunidades Autónomas para que, “en el ámbito de sus competencias, fijen el procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo” que identifique a los extranjeros no residentes legalmente para acceder a la asistencia sanitaria. Esta remisión abría la puerta a que las Comunidades Autónomas regularan un procedimiento diferente, introduciendo nuevos requisitos o interpretaciones restrictivas a los previstos en el artículo 3.ter.2 LCCSNS, como así comenzó a suceder.

Por otro lado, la reforma del Decreto-ley 7/2018 ha suprimido de la LCCSNS la atención sanitaria a los extranjeros en situación irregular en los casos especiales de urgencia por enfermedad grave o accidente, de las mujeres embarazadas, durante el embarazo, el parto y el postparto y de los menores de dieciocho años. Aunque, de acuerdo con la implantación de un sistema de sanidad universal, pudiera ser innecesaria la mención expresa en la ley a dichos supuestos, consideramos, sin embargo, que debieran de incluirse en el artículo 3 LCCSNS (y no en una norma reglamentaria de desarrollo) para blindarlos legalmente. Además de afectar a colectivos vulnerables, en nuestra opinión, forman parte del contenido nuclear mínimo del derecho a la protección de la salud, ajustándose también a lo previsto en normas internacionales suscritas por España.

Estas imprecisiones e insuficiencias de la ley exigen un desarrollo legal o reglamentario completo, que hasta ahora no ha llegado. Para salir del paso y evitar el riesgo de una regulación procedimental diferente, el Ministerio de Sanidad aprobó el 20 de noviembre de 2018 unas simples e insuficientes recomendaciones: “Recomendaciones para el procedimiento de solicitud, registro y expedición del documento certificativo que

²⁸ Se trata de verdaderas barreras documentales para acceder al derecho, de “pruebas que están en buena medida fuera del control de la persona”, como se expone en el Informe del colectivo Yo Sí Sanidad Universal, sobre *Valoración del “Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud”* (2018), 13 de agosto, Madrid, disponible en: <http://yosisanidaduniversal.net/noticias.php/valoracion-del-real-decreto-ley> y en el de la organización Médicos del Mundo, *Observatoryreport 2019. Leftbehind: The state of universal healthcare coverage in Europe*, Médicos del Mundo (2019), pp. 44-46, disponible en https://www.medicosdelmundo.org/sites/default/files/informe_del_observatorio_de_mdm_2019_dedicado_a_la_cobertura_sanitaria_universal_en_europa_compressed.pdf.

acredita a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan residencia legal en territorio español, para recibir asistencia sanitaria”²⁹.

Con la finalidad de garantizar la homogeneidad en el desarrollo del procedimiento, las Recomendaciones contienen diversas disposiciones en materia procedimental, en particular sobre la documentación necesaria para acreditar la identidad del solicitante (es válida la “cédula de inscripción de indocumentados”); o la residencia efectiva en el territorio español por un periodo previo de “tres meses” mediante el certificado de empadronamiento (no previsto legalmente); o para probar el requisito de la no existencia de terceros obligados al pago (admitiendo una “declaración responsable del solicitante”); o la exigencia de “un informe social favorable” emitido por los servicios sociales que valore las “circunstancias sociales” y “de necesidad”, cuando existan dificultades para “justificar los requisitos exigidos” por la ley. Las Recomendaciones aluden también de forma expresa, para someterlos al procedimiento previsto en ellas, a las embarazadas y menores no registrados ni autorizados como residentes en España. Igualmente menciona a otros colectivos como los solicitantes de protección internacional y las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia en España haya sido autorizada (aunque estos no están sujetos al referido procedimiento). Como ya hemos afirmado, estos supuestos debieran de incluirse en la ley y no en un reglamento o en meras recomendaciones.

A pesar del esfuerzo de estas Recomendaciones por introducir algunas precisiones sobre los requisitos legales exigidos para acceder a la asistencia sanitaria pública por los extranjeros sin autorización de residencia, algunas Comunidades Autónomas siguen realizando una interpretación restrictiva de algunos de los requisitos del artículo 3.ter.2 LCCSNS denegando el certificado correspondiente e impidiendo el acceso a la atención sanitaria pública a extranjeros en situación irregular sin recursos y residencia en España³⁰. Son varios los casos denunciados por organizaciones no gubernamentales que

²⁹ Disponible en la página web de laFundación Salud por Derecho: <https://saludporderecho.org/wp-content/uploads/2019/02/20181120-1.Recomendaciones-Definitivas-Procedimiento-Solicitud-y-Expedicion-del-doc-ce.pdf>.

³⁰ Hay Comunidades Autónomas que no admiten la “declaración responsable del solicitante” como prueba del requisito de la no existencia de terceros obligados al pago; otras en las que no se computa como tiempo de residencia efectiva en España por un periodo previo de tres meses, a los efectos de obtener el certificado de empadronamiento, los tres meses que estuvieron en situación de estancia temporal; o que no consideran como documento válido para acreditar la residencia en España por ese tiempo el informe social emitido por los servicios sociales. Cfr. sobre estas trabas documentales la

trabajan con extranjeros, advirtiendo incluso de problemas de salud pública como consecuencia de la falta de asistencia sanitaria a personas extranjeras infectadas con Covid-19. Algunas de ellas en situación de irregularidad sobrevenida por la pérdida del empleo como consecuencia de la crisis sanitaria y económica, después de haber residido en España varios años³¹.

Acabamos de conocer que el Ministerio de Sanidad está trabajando en un proyecto normativo sobre “Medidas para la Equidad, Universalidad y Cohesión del Sistema Nacional de Salud”. Así se deduce del apartado de participación pública en proyectos normativos de la página web del Ministerio, en el que figura la apertura de una consulta pública previa sobre un anteproyecto de ley con el título indicado³². En él parece asumirse que aunque el Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, devolvió a los extranjeros no registrados ni autorizados a residir en España el derecho a la protección de la salud y a

información disponible en las páginas web de *Médicos del Mundo*: <https://www.medicosdelmundo.org/> y del movimiento *Yo Sí, Sanidad Universal*: <https://yosisanidaduniversal.net/noticias>.

³¹ Sobre casos de exclusión sanitaria, por diferentes motivos, a extranjeros en situación irregular después de la reforma del Decreto-ley 7/2018 y de la emergencia sanitaria ocasionada por el Covid-19, véanse también las páginas web de Médicos del Mundo, disponible en: <https://www.medicosdelmundo.org/> y del movimiento Yo Sí, Sanidad Universal, disponible en: <https://yosisanidaduniversal.net/noticias>. Ofrecen casos de falta de atención sanitaria a extranjeros en urgencias, a menores y a mujeres embarazadas. Muchos de ellos por problemas burocráticos incluidas las altas o bajas periódicas en los sistemas informáticos de algunas Comunidades Autónomas. También algunos medios de comunicación se han hecho eco de algunos supuestos, vid., por ejemplo, *La Verdad de Murcia*, de 31 enero 2020, “Denuncian más trabas en el acceso de inmigrantes sin papeles a la sanidad”, disponible en: <https://www.laverdad.es/murcia/denuncian-trabas-acceso-20200131004135-ntvo.html?ref=https://www.google.com%2F>, en el que se denuncian casos de desatención a menores nacidos en la región que se encuentran en situación irregular, a quienes no se les asigna pediatra ni enfermera en el centro de salud, pudiendo ser atendidos solo en Urgencias, con la correspondiente facturación; o casos de mujeres embarazadas que encuentran dificultades para el seguimiento de la gestación por su médico de familia, ya que no llevan empadronadas tres meses en España.

³² Mediante ella el Ministerio pretende recabar la opinión de los ciudadanos, organizaciones y asociaciones interesadas sobre algunas cuestiones como la de introducir una preceptiva “evaluación del impacto en salud en la elaboración de los anteproyectos de ley, los proyectos de real decreto legislativo y las normas reglamentarias”, como la que existe sobre el impacto económico y de género; la de “evitar la incorporación de nuevos copagos sanitarios”; la de “garantizar la homogeneidad en la efectividad del derecho a la protección a la salud y ampliar los derechos de población actualmente no incluida”; o la de “fortalecer la cohesión y equidad en el SNS facilitando la viabilidad de desarrollo reglamentario del Fondo de Garantía Asistencial” para cubrir “los desplazamientos entre Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla de personas titulares del derecho a la protección de la salud en el SNS”. Llama la atención que al final del documento se diga que respecto de las “posibles soluciones alternativas y no regulatorias”, “queda descartada la opción de no hacer nada, dado que esta alternativa afectaría a la salud de la población española, así como a la cohesión y equidad en el SNS. Asimismo, los objetivos a alcanzar exigen una solución regulatoria”. Sobre todo, después de haber transcurrido casi dos años y medio desde que se aprobó el Decreto-ley 7/2018. Información disponible en: https://www.msbs.gob.es/normativa/docs/2020.10.19.Consulta_Publica_Ley_de_medidas_para_la_equidad_universalidad_y_cohesion_del_SNS.pdf.

la atención sanitaria, “garantizando la igualdad efectiva y el acceso universal al SNS”, dicho objetivo no se ha alcanzado, ya que en el anteproyecto se afirma que “uno de los problemas que se pretenden solucionar” “tras la experiencia acumulada en la aplicación de la norma citada”, es el de “realizar las modificaciones pertinentes para garantizar plenamente el derecho a la protección de la salud y garantizar la homogeneidad en [su] efectividad”. De ahí que se reitere que es necesaria y oportuna la aprobación del anteproyecto para modificar la LCCSNS (reformada por el Decreto-ley 7/2018) con el objeto “de garantizar homogeneidad en el procedimiento y de ampliar la cobertura sanitaria en nuestro país a colectivos sin cobertura en el momento actual”. Esperemos conocer pronto algunas propuestas concretas sobre lo que se pretende modificar del texto actual de la LCCSNS para garantizar la igualdad efectiva y el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho a la protección de la salud es un derecho social de libre configuración legislativa, aunque por su contenido y por su relación con la dignidad y otros derechos fundamentales como el derecho a la vida e integridad física, reviste el carácter de derecho materialmente fundamental. Esta concepción se adecua a los estándares mínimos de protección fijados por las normas internacionales de derechos humanos y por sus máximos organismos interpretadores. Normas y decisiones de organismos internacionales que habrían de tenerse más en cuenta por los tribunales nacionales en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales y legales, particularmente para garantizar el derecho a colectivos en situación desfavorable, como el de los inmigrantes en situación irregular.

Desde la promulgación de la Constitución de 1978 se inicia un proceso de universalización de la protección de la salud (artículo 43.1 CE) y de desvinculación del régimen público de Seguridad Social (artículo 41 CE). El desarrollo legal de este proceso ha sufrido ciertos altibajos. Se interrumpe con la reforma de la LCCSNS por el Decreto-ley 16/2012, que al vincular de nuevo la asistencia sanitaria pública a la condición de asegurado excluye a ciertos colectivos vulnerables como el de los inmigrantes sin permiso de residencia. Y se retoma con la reforma del Decreto-ley 7/2018, al conectar dicha asistencia con la condición de ciudadano residente. Ahora bien, esta reforma ha sido más teórica y voluntarista que pragmática y real, ya que la

declaración universal del derecho a la protección de la salud de los artículos 3.1 y 3.ter.1 LCCSNS se desvanece en los demás apartados del artículo 3, al introducir determinados requisitos que condicionan su ejercicio efectivo, particularmente en el artículo 3.ter.2 LCCSNS, para los extranjeros sin autorización de residencia que se encuentren en España, muchos de ellos sin recursos. Es preciso un desarrollo legal o reglamentario del artículo 3 de la LCCSNS, ya que el realizado por las meras Recomendaciones ministeriales de noviembre de 2018 es insuficiente y contradictorio. En realidad, ha generado más problemas que soluciones. Entre ellos, la exclusión del sistema sanitario público de extranjeros que residen en España desde hace tiempo y que se encuentran en situación irregular, debido a las interpretaciones restrictivas de los requisitos del artículo 3.ter.2 LCCSNS realizadas por las Comunidades Autónomas. Por no hablar del problema de salud pública ocasionado por la falta de atención médica a dichas personas, sobre todo en casos de enfermedades infecciosas como la del coronavirus. Finalmente, también sería necesario regular en la ley –y no en el reglamento– la atención sanitaria a los extranjeros en situación irregular en los casos especiales de urgencia por enfermedad grave o accidente, de las mujeres embarazadas y de los menores de dieciocho años. Asistencia sanitaria que, a nuestro juicio, forma parte del contenido nuclear mínimo del derecho a la protección de la salud, acorde con lo previsto en normas internacionales suscritas por el Estado español.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEGRE MARTÍNEZ, M.A., “Estado social y protección de los más vulnerables: Constitución y nuevos derechos”, en Manuel Terol Becerra y Luis Jimena Quesada, (dirs.). *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014

APARICIO WILHELM, M., “Inmigración y crisis económica: la fragilidad de los derechos y su incidencia en las personas inmigradas”. En Miguel Ángel Presno Linera (coord.), *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado, Oviedo, 2012

ARAGÓN REYES, M., “Artículo 1”. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y M. E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo 1, Fundación WoltersKluwer, Madrid, 2018,

COURTIS, C. y ABRAMOVIC, V., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002

DALLI, M., *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud. El Sistema Nacional de Salud Español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “El Estado autonómico social. El efecto de irradiación de los derechos sociales sobre el modelo constitucional de distribución de competencias”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 46, 2017

DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 184, 2019

DELGADO DEL RINCÓN, L.E., *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

ESCOBAR ROCA, G., “Los derechos fundamentales sociales de prestación”. En G. Escobar Roca, (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “El Estado social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003

GARRIDO FALLA, F., “Artículo 41”. En F. Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001

GOMES CANOTILHO, J.J., “Comentar no artigo 64”. En Canotilho, José Joaquim Gomes y Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

GORELLI HERNÁNDEZ, J., y otros. *Lecciones de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2018

JIMENA QUESADA, L., “Artículo 43. El derecho a la salud”, en P. Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz (Dirs.) y C. Montesinos Padilla (Coord.). *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

JIMÉNEZ CAMPO, Javier: “Artículo 43, Protección de los derechos fundamentales”, en O. Alzaga Villamil (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997

LÓPEZ INSUA, B.M., “La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio”, *Lex Social*, vol. 9, nº. 1, 2019

LOUREIRO, J.C., “Direito à (protecção da) saúde”. En Jorge Miranda (coord.), *EstudosemHomenagemaoProfessorDoutorMarcelloCaetano no Centenário do seuNascimento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006

MÁRQUEZ PRIETO, A., “Crisis, vulnerabilidad y desprotección en la Seguridad Social española”. En Isabel González Ríos (dir.), *Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016

MARTÍN VALVERDE, A., En A. Martín Valverde, y J. García Murcia (dirs.) *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, vol. 1, Thomsom Reuters-Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2018

MARZAL YETANO, E., “Crisis y competencia por la competencia: el ejemplo de la inmigración”, *Revista de Derecho Político*, n.º 98, 2017

MERCADER UGUINA, J.R., “Artículo 41”. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y M. E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Tomo 1, Fundación WoltersKluwer, Madrid, 2018,

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

MONTILLA MARTOS, J.A., “La doctrina del Tribunal sobre las bases. Competencias cada vez menos compartidas”, *Blog de la Revista catalana de dretpúblic*, enero de 2018, disponible en: <http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2018/01/31/la-doctrina-del-tribunal-sobre-las-bases-competencias-cada-vez-menos-compartidas-jose-antonio-montilla-martos/>

MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995

PEMÁN GAVÍN, J.M., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989

PEÑA, P., “Sinopsis artículo 41” (actualizado por Sieira, S. y Rastrollo, A.), Disponible en la página web del Congreso de los Diputados: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=41&tipo=2>

PONCE SOLÉ, Julio: *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013

REY MARTÍNEZ, F., “Derribando falacias sobre derechos sociales”. En Cascajo Castro, José Luis, Terol Becerra, Manuel, Domínguez Vila, Antonio y Navarro Marchante, Vicente (coords.): *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012

SÁENZ ROYO, E., “La prestación sanitaria en el Estado autonómico: las incongruencias entre el modelo competencial y su financiación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 119, 2020

SARLET, I.W., “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”. *Direito e Democracia*, vol 3, n. 1, 2002.

SARLET, I.W., “Los derechos sociales a prestaciones en tiempos de crisis”. En Miguel Ángel Presno Linera (coord.), *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado y la Cátedra de amparo de derechos y libertades, Oviedo, 2012

SEVILLA, F., *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*, Fundación Alternativas, Madrid, 2006

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: “Ámbito y alcance de los derechos sociales en España: los colectivos vulnerables”. En Isabel González Ríos (dir.), *Derechos sociales y protección de colectivos vulnerables*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016

VALCÁRCEL BUSTOS, M.T.: “Competencias y reconocimiento de derechos de las personas vulnerables: sanidad, vivienda y derechos fundamentales” *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 111, 2018

VIDA SORIA, A., “Artículo 41, Seguridad Social”. En Alzaga Villamil, Óscar, (dir.). *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984

Submetido em 20.10.2020

Aceito em 26.10.2020