



Facultad de Derecho  
Grado en Derecho

Trabajo Fin de Grado

# **El derecho a la salud de los inmigrantes sin papeles**

Estudiante: Beatriz Sanz Giner

Director: María Isabel Álvarez Vélez

Madrid, [Abril 2022]

## Índice:

I.	Introducción.....	<b>3</b>
II.	Teoría de los derechos sociales .....	<b>5</b>
	a. Concepto de derechos sociales.....	<b>5</b>
	b. Exigibilidad de los derechos sociales en contraste a los derechos políticos en la Constitución española.....	<b>7</b>
III.	El derecho a la protección de la salud en los documentos internacionales.....	<b>10</b>
	a. Carta Social Europea.....	<b>10</b>
	b. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (y Protocolo Facultativo de 2008) .....	<b>12</b>
	c. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	<b>14</b>
IV.	El derecho a la protección a la salud en la Constitución española de 1978.....	<b>16</b>
	a. El Art. 43 CE: el derecho a la protección de la salud como principio rector.....	<b>16</b>
	b. Reparto competencial en materia sanitaria entre Estado y Autonomías..	<b>18</b>
V.	El derecho a la protección a la salud de los inmigrantes irregulares.....	<b>22</b>
	a. Evolución normativa y regulación actual.....	<b>22</b>
	i. El marco legal previo al Real Decreto-Ley 16/2012.....	<b>22</b>
	ii. El Real Decreto-Ley 16/2012 y el Real Decreto-Ley 7/2018.....	<b>24</b>
	iii. Reacción a nivel autonómico.....	<b>29</b>
	b. Consideraciones culturales y sociales.....	<b>31</b>
VI.	Conclusión: ¿El derecho a la protección de la salud como derecho fundamental?.....	<b>33</b>
VII.	Bibliografía.....	<b>36</b>

## **I. INTRODUCCIÓN**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) reconoce el derecho a la salud y el bienestar en el artículo 25. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el apartado uno del artículo 12, establece el derecho de toda persona “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Nuestra propia constitución, aprobada en 1978, reconoce en el artículo 43 el derecho a la protección de la salud como un principio rector de la política social y económica. Todas estas referencias tienen algo en común más allá del derecho que establecen, y es que los requisitos para que el derecho adquiriera la máxima garantía y efectividad se dejan en manos del legislador, y no son las que por la naturaleza del derecho que estamos discutiendo deberían recogerse. La DUDH, como indica su nombre se trata meramente de unas líneas programáticas en base a las cuales se debe interpretar la legislación de España según lo establecido en la Constitución; los derechos reconocidos en el PIDESC sí que resultan exigibles al haber sido ratificado por España; y la CE ubica este derecho en el Capítulo III, privándolo en consecuencia de las principales garantías legales y jurisdiccionales.

Resulta importante señalar que, aunque el derecho a la protección de la salud tiene un ámbito amplio, a lo largo del presente trabajo se pondrá el foco en su vertiente como derecho al acceso a los servicios sanitarios y será a este aspecto al que se hará continua referencia al mencionar el derecho a la salud. El valor y las facultades de la gran variedad de derechos reconocidos en la Constitución Española serán mayores o menores en función de las garantías puestas en lugar para protegerlos. En base a esto, el derecho a la protección de la salud sería considerado de menor valor, ya que las garantías que le son otorgadas son las mínimas, no habiendo siquiera un contenido esencial que este protegido o posibilidad de asegurar su garantía mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. A pesar de ser percibido por la ciudadanía como un derecho fundamental (Martínez, 2018), el art. 43 constituye meramente un principio rector de la política social y económica que, de acuerdo con el artículo 53 CE, “informará la legislación”. Su ubicación fuera del grupo de derechos fundamentales supone una mayor exposición a sufrir limitaciones por parte del poder político, llegando a dejar a grupos enteros de la población con limitado acceso a servicios sanitarios.

La falta de carácter fundamental de este derecho se debe en parte a encontrarse dentro del grupo de los llamados derechos sociales, los cuales han sido caracterizados tradicionalmente por su aspecto prestacional, en oposición a los derechos civiles y políticos, que lo que requieren es la no injerencia por parte de los poderes públicos en la esfera privada. En base principalmente a una cuestión de desarrollo temporal, los derechos sociales han sido vistos generalmente como derechos “secundarios” frente a los derechos civiles; en otras palabras, se considera que “si fueron los primeros que se positivizaron, ello fue como consecuencia de su superior relevancia moral y política” (Roig, 2010) y por lo tanto son merecedores de mayor protección.

No obstante, múltiples autores, aunque por la presente nos ceñimos a uno que recoge esta idea, abogan por proveer de garantías el contenido esencial de los derechos sociales, afirmando que “sólo cuando tengamos cubiertas esas necesidades estaremos en condiciones de ejercitar nuestras libertades” (Roig, 2010). Consideran que no es posible ejercer los derechos y libertades fundamentales sin asegurar previamente unas condiciones mínimas e iguales de vida, por lo que se deben proteger los rasgos esenciales de estos derechos frente a posibles injerencias o limitaciones tanto del poder ejecutivo como del legislativo. Sin embargo, hay quienes consideran que la debilidad de los derechos sociales se debe “no a la falta de herramientas en nuestro sistema constitucional por carecer el derecho de naturaleza fundamental, sino en su incorrecta interpretación y aplicación por los Tribunales” (De Montalvo Jääskeläinen, 2019)

Si bien la escasez de garantías de los derechos sociales puede llegar a tener consecuencias para todos, un grupo que se ve particularmente desprotegido es el conformado por los “sin papeles”, aquellos inmigrantes que se encuentran en nuestro país de forma irregular. En base al artículo 13 CE, los extranjeros dispondrán de los derechos establecidos en el Título Primero en los términos establecidos por los tratados y la ley. Durante muchos años, el derecho de protección de la salud en España parecía ir camino de la universalidad, exigiendo como único requisito a los extranjeros para acceder al mismo su inscripción en el padrón. Pero este progreso sufrió un grave retroceso con el Real Decreto-Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones,, el cual exigía el registro o la autorización como residente como requisito para el acceso a la atención sanitaria. A pesar de que esta exclusión se vio corregida con el Real Decreto-

Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, supuso una clara muestra de la fragilidad de la salud como derecho constitucional.

En base a todo lo dicho, los aspectos más relevantes respecto al derecho a la protección de la salud es la manera en la cual es reconocido tanto a nivel nacional como internacional, y tanto en sí mismo como por consecuencia de constituir un derecho social, así como el nivel en el cual tienen acceso al mismo uno de los grupos más vulnerables de la población, como constituyen los inmigrantes sin papeles.

## **II. TEORÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES**

Generalmente agrupados junto con los derechos económicos y culturales, los derechos sociales han sido fuente de amplio debate doctrinal con respecto al valor jurídico que tienen y el que deberían tener. En este primer capítulo se realizarán una inicial introducción al debate sobre qué son exactamente los derechos sociales, y como pueden ser exigidos, si es que pueden serlo.

### **a. Concepto de derechos sociales**

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC) cómo “derechos humanos que protegen la efectiva participación del individuo en la vida económica, social y cultural del Estado en condiciones de igualdad y sin discriminación”. Esta definición, sin embargo, no es suficiente para comprender la complejidad de un concepto tan amplio como son los DESC, que abarcan desde el derecho a la seguridad en el trabajo, hasta el derecho a la salud, pasando por la vida en familia y el acceso a la cultura.

Un primer elemento a analizar en base a esta definición es que los DESC son derechos humanos. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los derechos humanos se caracterizan por su *indivisibilidad, universalidad e interdependencia*, lo cual se traduce en que son todos imprescindibles, todas las personas pueden gozar de ellos simplemente por su condición de seres humanos, y no es posible su plena realización sin la satisfacción paralela de todos. Este último aspecto sería la base para aquellos argumentos que consideran que no puedes disfrutar o hacer uso de los derechos civiles si no tienes garantizadas tus necesidades, es decir, si no hay una garantía

mínima de los derechos económicos y sociales, pierde sentido el carácter fundamental de los derechos civiles y políticos. Como dijo el jurista alemán Ernst-Wolfgang Böckenförde:

"si la libertad jurídica debe poder convertirse en libertad real, sus titulares precisan de una participación básica en los bienes sociales materiales; incluso esta participación en los bienes materiales es una parte de la libertad, dado que es un presupuesto necesario para su realización" (Sanchís, 1995).

En segundo lugar, un aspecto que siempre ha estado muy fuertemente asociado con los derechos sociales es su carácter prestacional. Mientras que los derechos civiles se considera que precisan únicamente la no injerencia de los poderes públicos, los derechos sociales requieren de acciones positivas por parte de los poderes públicos y para poder ejercerlos. Adicionalmente, hay quienes consideran que el Estado no solamente tiene una obligación positiva en cuanto a los derechos sociales, es decir, un deber de garantizarlos, sino también un deber de garantizar que no haya obstáculos para poder ejercerlos. Este carácter prestacional implica necesariamente un mayor coste económico que otros derechos que precisan solamente de un deber de no intervención. No obstante, es importante resaltar que, aunque son los derechos sociales los que se consideran prestacionales, los derechos políticos y civiles también requieren en la realidad de una contribución por parte del Estado para hacerlos efectivos y protegerlos.

La inclusión de los derechos sociales entre los derechos humanos y su carácter prestacional son dos aspectos sobre los cuales hay generalmente mayor consenso. Sin embargo, no se puede decir lo mismo respecto de su determinación como derechos subjetivos. Al tratarse muchos de ellos de principios rectores, son considerados más como normas programáticas que se realizarán progresivamente y que no son justiciables, que como derechos subjetivos tradicionales. Esto implica que son dotados de la más débil de protecciones, privados de fuerza vinculante desde el punto de vista del legislador, considerados sólo como principios inspiradores de cara a la redacción de las Leyes. La concepción de los DESC como normas programáticas se basa en la indeterminación del contenido de los preceptos que los establecen, lo cual dota al legislador de un gran rango de actuación tanto en cuanto al contenido como a los medios de protección del mismo.

El catedrático Riccardo Guastini define derecho subjetivo como "una pretensión conferida a un sujeto (o a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de

sujetos) a los que se impone un deber (una obligación) correlativo” (Manrique, 2010). Partiendo de esta definición, es posible hablar de un carácter subjetivo de los DESC, ya que las leyes que desarrollan los principios rectores recogidos en el Capítulo III del Título I de la CE los constituyen en derechos subjetivos con los consiguientes deberes jurídicos impuestos a la administración, siendo el titular de estos derechos la persona natural. Sin embargo, hay quienes no consideran los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos debido a que, en base a su carácter prestacional, les conciernen no interdicciones de lesión sino una obligación al Estado de hacer. Esta doctrina parte de la base de que “el Estado únicamente es garante del orden público interno y de la defensa exterior” (Muñoz, 2015).

En otra posición se encuentran aquellos que visualizan los derechos sociales en una posición intermedia entre ser meras normas programáticas sin fuerza vinculante y auténticas derechos subjetivos. Se trata de aquellos que los consideran fuente de normas de los fines del Estado, o normas de programación final. Frente a la concepción de los derechos sociales como normas programáticas, esta teoría considera vinculante las disposiciones que los recogen, en lo referido al objetivo perseguido. Es decir, consideran que los derechos sociales imponen al Estado una obligación de lograr un contenido mínimo o esencial, aunque dejando libertad de escoger el método para alcanzarlo. Por otro lado, entre aquellos que defienden el carácter subjetivo de estos derechos están los que consideran los derechos sociales como fundamentales. Por consiguiente, argumentan que necesariamente deben ser subjetivos ya que no cabe que un derecho fundamental no sea exigible ante los tribunales. Adicionalmente, es conveniente en relación a este asunto señalar que, aunque como se ha indicado previamente la mayoría de los derechos económicos aparecen en nuestra Constitución como principios rectores, existen también aquellos a los que se les ha otorgado mayores garantías jurídicas, como es el caso del derecho al trabajo y al salario y el derecho a la educación.

#### **b. Exigibilidad de los derechos sociales en contraste a los derechos políticos en la Constitución española**

En el ámbito jurídico, a menudo se intercambian los términos *exigibilidad* y *justiciabilidad* como si fueran sinónimos, lo cual no es correcto. La justiciabilidad hace referencia al reconocimiento social de un derecho, a la posibilidad de poder gozar de forma real y efectiva de un determinado derecho de la manera más equitativa posible. Por

su parte, la exigibilidad entra en juego cuando la justiciabilidad no se ha cumplido, es decir, consiste en la capacidad de demandar el cumplimiento de una obligación.

Previamente a abordar la exigibilidad de los derechos sociales y económicos, resulta conveniente comprender su fundamento. Distintos juristas y filósofos han planteado diferentes fundamentos, comenzando por el alemán Ernst Tugendhat, que establecía el fundamento filosófico de estos derechos en su consideración como medios para asegurar el resto de las libertades. Otro jurista alemán, Robert Alexy, consideraba que existe una conexión entre la satisfacción de las necesidades cubiertas por estos derechos y el ejercicio de la libertad jurídica. En su libro *Teoría de los Derechos Fundamentales*, declaraba que “la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor”. Habermas defendía una posición similar, una concepción de los DESC como instrumentos para un ejercicio igualitario de los derechos políticos. Tugendhat consideraba estas posiciones como siendo excesivamente instrumentalistas, proponiendo una concepción de los DESC como fines en sí mismos, ya que “el hombre tiene determinadas necesidades que le son inherentes, cuya satisfacción es uno de los fines principales de la comunidad política” (Camarena, 2014). Estas necesidades constituirían la fundamentación no solo de los derechos sociales, sino también de los políticos y los derechos de libertad.

Teniendo en consideración la falta de consenso sobre la inclusión o no de los derechos sociales entre los derechos subjetivos, no es sorprendente que los juristas hallan planteado formas alternativas de exigibilidad de estos derechos. La mayoría de las mismas se basan en plantearlos en conexión bien a derechos civiles y políticos, bien a otros derechos sociales que gocen de mayores garantías.

El primero de estos planteamientos es el aportado por el profesor de Derecho Constitucional Abdelhamid Adnane Rkioua, consistente en hacer uso del artículo 10.2 de la Constitución como cauce para integrar jurisprudencia internacional de los derechos sociales. Recordemos que dicho artículo establece una obligación de interpretación de las normas sobre derechos fundamentales y libertades constitucionales en base a la DUDH, así como el resto de los tratados y acuerdos internacionales que haya ratificado España en relación con los mismos. Aunque la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 18 de marzo de 1991 estableció con respecto al artículo 10.2 que hacía referencia a los

artículos 14 a 38 de la Constitución, también es cierto que nunca se ha negado expresamente que pudiera extenderse a otros preceptos. En base a esto, y a que España ha firmado y ratificado el Pacto de DESC, se podría argumentar que el contenido de los derechos reflejados en el mismo, así como la interpretación que se haga de los mismos por parte de los órganos a los cuales se encomiende su protección, se puede usar como pauta para la interpretación judicial de los derechos fundamentales constitucionales.

El segundo de estos planteamientos viene de la mano del profesor Luis Prieto Sanchís, el cual considera que “los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial” (Sanchís, 1995). En base a esta vinculación entre los derechos sociales y la igualdad, Prieto argumenta que, aunque no de forma general, sí que existen situaciones en las cuales se pueden plantear pretensiones de igualdad material como derechos subjetivos en base al derecho a la igualdad, de carácter fundamental. Un supuesto de esto sería cuando una reclamación de igualdad formal acompaña a una reclamación de igualdad material, por ejemplo, si el gobierno tomase la decisión de conceder automóviles gratuitos a un grupo concreto de la población, pero usase para determinar el mismo un criterio irracional o que no tuviese fundación alguna. Esto permitiría entonces que aquellas personas excluidas planteasen una pretensión de igualdad material, y poder reclamar un derecho social que de por sí no es exigible; estas pretensiones dan lugar a las llamadas *sentencias aditivas*, en las cuales se determina la existencia de inconstitucionalidad por omisión legislativa, añadiendo algo para convertir el texto inconstitucional en constitucional.

En tercer lugar, se puede plantear la posibilidad del recurso en vía de amparo de una pretensión prestacional, es decir, de un derecho económico o social, cuando pueda vincularse a un derecho civil o político fundamental, los cuales sí que gozan de mayores garantías y sistemas de protección. Mediante este sistema de exigibilidad indirecta, se busca «aprovechar las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos, de modo de permitir, por esa vía, el amparo del derecho social en cuestión» (Pacheco Rodríguez, 2017)

### **III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES**

Reflejo de la importancia de este derecho es su inclusión en múltiples tratados internacionales, ratificados por España y en base a los cuales por lo tanto debe interpretarse las normas relativas a derechos fundamentales y libertades recogidas en la Constitución, como establece el artículo 10.2 de la misma. A continuación, procederé a realizar un análisis de los documentos internacionales de mayor importancia que recogen este derecho. Lo haré siguiendo un criterio cronológico, teniendo en cuenta que corresponden al ámbito europeo, de las Naciones Unidas, y de la Unión Europea, respectivamente.

#### **a. Carta Social Europea**

La Carta Social Europea (CSE) es un tratado del Consejo de Europa, originalmente aprobado en 1961 y posteriormente revisado en 1996. Recoge un compendio de derechos económicos y sociales relativos a los ámbitos de vivienda, salud, educación, y empleo, así como a la protección jurídica de menores, el movimiento de las personas y la discriminación. Aunque España ratificó la Carta Social original, no ha sido hasta el mes de mayo del año pasado cuando ha ratificado también la versión revisada de 1996, así como el Protocolo Adicional de 1995, el cual establece un sistema de reclamaciones colectivas. Adicionalmente, los Estados parte deben presentar anualmente ante el Comité Europeo de Derechos Sociales informes demostrando que aplican las disposiciones incluidas en la misma tanto a nivel legislativo como en la práctica.

El deseo de garantizar la salud como derecho queda claro en la Carta Social Europea, que ya en su Parte I incluye como objetivo número 11 que toda persona pueda disfrutar de las medias necesarias para alcanzar el “mejor estado de salud”. De forma más concreta, en su artículo 11 establece el derecho a la protección de la salud de la siguiente manera:

“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines: 1. eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2. establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3. prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes.”

Este precepto constituye una obligación muy amplia en materia de salud, ya que incluye obligaciones tanto preventivas y curativas, relacionadas más con el acceso al sistema sanitario en sí, como educacionales, relacionadas con la información proporcionada tanto en las escuelas como al público en general. Adicionalmente, el artículo 11 no es el único artículo en la carta relativo a materias de salud. En lo que trata de cuestiones relativas a problemas financieros para acceder a asistencia sanitaria, se pueden señalar los artículos 12 y 13, relativos a la seguridad social y la asistencia social y médica. Por su parte, el artículo 3 establece el derecho a la seguridad y la higiene en el trabajo, y los artículos 7 y 8, relativos a los derechos de los niños y adolescentes a protección, y de las trabajadoras a la protección de maternidad, también incluyen preceptos relativos a la salud.

A pesar de la amplitud de las obligaciones relativas a la protección de la salud establecidas en la carta, y las mejoras introducidas en la versión revisada, hay algunas cuestiones derivadas de la jurisprudencia del CEDS que han sido cuestionadas. Algunos juristas consideran que medir el cumplimiento de las obligaciones de los estados de forma comparativa no es correcto, y abogan por una interpretación autónoma del concepto de la protección de salud. Opinan que las exigencias derivadas del artículo 11 deben medirse en base a la normativa de derechos humanos, y no en la media del cumplimiento de los estados, en parte porque esta no siempre es precisa. Adicionalmente, se ha criticado que los dos sistemas existentes de control, los informes y las reclamaciones colectivas, “se centran en la dimensión colectiva del derecho a la salud, pero fallan en traducir qué derechos otorga al individuo” (Lougarré, 2015).

En relación con los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, uno de los detrimentos que se podría señalar de la CSE es que en lo que respecta a extranjeros solo cubre aquellos que residen legalmente en un Estado Parte. En otras palabras, quedan excluidos los nacionales de terceros países. Sin embargo, esta delimitación no es completamente firme, ya que en la sentencia del caso *Federación Internacional de Derechos Humanos c. Francia* el Comité Europeo de Derechos Sociales consideró la asistencia sanitaria como una condición necesaria para garantizar la dignidad humana. En base a esto, consideró que si un Estado promovía normativa que excluyese a los no nacionales en situación irregular estaría en violación de la Carta. No obstante, esta constituye la única ocasión en la cual el Comité ha hecho tal reconocimiento, lo cual

podría permitir entender que solo se produciría una violación si la exclusión supusiese un impedimento para garantizar la dignidad de los extranjeros en cuestión.

**b. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (y Protocolo Facultativo de 2008)**

Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales o Culturales (en adelante, PIDESC) desarrolla parte de los derechos reconocidos en la declaración Universal de Derechos Humanos. En concreto, establece las obligaciones de los Estados Parte en relación al cumplimiento de los DESC, los cuales son establecidos como objetivos a lograr de forma progresiva. Esta es la principal diferencia entre el PIDESC y el Pacto de Derechos Civiles, ya que los segundos sí que se establecen como derechos subjetivos directamente invocables ante un juez. Aunque no se imponen en su totalidad como derechos que deben ser cumplidos inmediatamente, sí se señala un contenido mínimo que debe ser garantizado. El cumplimiento del Pacto está bajo el control del Comité DESC, un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social de la ONU, establecido en 1985.

Más de cuatro décadas después, en el año 2008 se aprobó el Protocolo Facultativo de DESC, el cual estableció la posibilidad de que los Estados Parte reconociesen al Comité competencias para recibir y evaluar comunicaciones en relación con las violaciones de los derechos recogidos en el Pacto. El Protocolo incluía tres procedimientos orientados a la protección de estos derechos. En primer lugar, se permitía que, una vez cumplido el requisito de agotar todos los posibles recursos a nivel nacional, y siempre que no hubiese transcurrido más de un año desde la violación del derecho, tanto individuos como grupos podrían presentar comunicaciones ante el Comité. No obstante, el requisito relativo a agotar los recursos internos podía ser excusado si estos se prolongaban de forma injustificada. En segundo lugar, se establecieron las comunicaciones interestatales, que permiten la denuncia por parte de unos Estados Miembros de violaciones por parte de otros, siempre que hubiesen aceptado la competencia del Comité. Finalmente, el Comité en si puede actuar de oficio iniciando investigaciones sobre violaciones sistemáticas o de mucha gravedad por parte de Estados que hayan ratificado el Pacto.

En cuanto a lo que concierne al derecho a la de protección de la salud, queda establecido por el apartado primero del artículo 12 del PIDESC, según el cual “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. El apartado segundo establece las medidas concretas que deberán adoptar los Estados Parte, relativas a la infancia, el trabajo y medio ambiente, las epidemias y el aseguramiento del acceso a asistencia médica. Una virtud de este documento internacional frente a los otros dos previamente desarrollados es que disponemos de las Observaciones Generales realizadas por el Comité de DESC, las cuales nos permiten una mayor comprensión del contenido del derecho y las obligaciones derivadas del mismo.

En concreto, el artículo 12 es desarrollado por la Observación General N°14. El desarrollo realizado en dicho documento del derecho a la salud es de gran amplitud, ya que establece que este no se refiere solamente a la atención de la salud, sino que “abarca una amplia gama de factores socioeconómicos”. Es decir, que más allá de poder acceder al sistema sanitario cuando un individuo está enfermo, el artículo 12 incluye también una serie de obligaciones relativas a poder disfrutar de una vida sana, lo cual incluye por ejemplo acceso a agua potable, o un medio ambiente libre de contaminación. Esta concepción amplia se debe a que el Comité parte de una interpretación de este derecho como base fundamental y necesaria para ejercer el resto de los derechos humanos.

Con respecto al contenido normativo del derecho, en concreto en lo relativo al acceso a la atención sanitaria, la Observación General N° 14<sup>1</sup> establece que debe cumplir cuatro características: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Esto se traduce en lo siguiente; disponibilidad se refiere a que el Estado debe proveer un número mínimo de centros médicos, los cuales deben además cumplir con un estándar mínimo de calidad, tanto en cuanto al personal como a las instalaciones. Resultan especialmente relevantes en lo que concierne a este trabajo los requisitos de accesibilidad y aceptabilidad. El primero de estos se divide a su vez en cuatro dimensiones entre las cuales se incluye la no discriminación, la accesibilidad física y económica, y el acceso a la información; el segundo incluye el respeto a las culturas diferentes a la propia. Esto es

---

<sup>1</sup> ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general N° 14 (2000) : El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 11 Agosto 2000, E/C.12/2000/4, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc492.html> [Accesado el 21 Febrero 2022]

de gran importancia cuando las personas intentando acceder a estos servicios son inmigrantes sin papeles, que se encuentran habitualmente en una situación económica precaria, posiblemente no hablen el idioma del país de residencia, o incluso si lo hablan provienen de una cultura con unas costumbres distintas.

Finalmente, como se ha mencionado brevemente, es importante recordar que, aunque los derechos reflejados en el pacto constituyen objetivos de aplicación progresiva, el derecho de salud, como otros, impone unas obligaciones inmediatas a los Estados Parte. Estas incluyen garantizar el disfrute del derecho sin discriminación y la implantación de medidas para avanzar en la realización del derecho. Adicionalmente, la aplicación progresiva implica no solamente que los estados deben avanzar de forma continua y eficaz, sino también que teóricamente estaría prohibida cualquier normativa que supusiese un retraso. En caso de que se promoviese tal normativa, esta debería ser justificada, debiendo haber sido agotadas todas las opciones posibles para alcanzar el objetivo que persiga. Aunque se tratará más adelante, cabría un argumento de que el Real Decreto-Ley 16/2012, que limitó el acceso al derecho a la protección de salud a los inmigrantes en situación irregular, retrocediendo en el objetivo de la universalidad, supondría una medida regresiva y por lo tanto contraría al artículo 12.

### **c. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), proclamada por primera vez en Niza el 7 de diciembre del 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo de la UE, y la Comisión Europea, constituye un documento en el cual se recogen los derechos civiles, económicos, sociales y políticos de todos los ciudadanos europeos. El control de su cumplimiento por parte de los Estados Miembros es realizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual considera el respeto a los derechos humanos como un principio general del Derecho, vinculante tanto para las instituciones de la UE como para sus Estados Miembros en la medida en la cual estos apliquen el Derecho de la Unión, como estableció en la sentencia *Nold*, de 14 de mayo de 1974. La Carta fue revisada en el año 2007 junto con el Tratado de Lisboa, cuyo artículo 6.1 le confirió el mismo valor jurídico que a los tratados.

En su artículo 35, la CDFUE establece el derecho a la protección de la salud de la siguiente manera:

“Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”.

Como se puede observar, el artículo se divide en dos partes, la primera de las cuales se refiere al derecho a la prevención y atención sanitaria, mientras que la segunda establece un mandamiento para las instituciones europeas, indicando a las mismas que deben tener en consideración la salud a la hora de redactar sus políticas. Este derecho guarda estrecha relación con otros reflejados en la misma Carta, como es el caso del art. 34, relativo a la seguridad social, siendo esta la principal herramienta para la ejecución de las políticas sanitarias. Adicionalmente, hay un claro vínculo con el art. 2, que establece el derecho a la vida, e incluso con el art. 3, relativo a la integridad de la persona, ya que el derecho a la salud puede ser considerado como instrumento para preservar ambos.

Comenzando por el primer apartado del artículo, este presenta un concepto de salud que integra la perspectiva preventiva como asistencial de la misma. Es relevante tener en cuenta que establece el derecho a la protección de la salud “en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”. En base al artículo 168.7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los Estados Miembros mantienen la competencia en cuanto a la gestión de sus servicios de salud y atención médica. Esto implica que está en manos de los Estados la concreción del contenido material del derecho, incluyendo en lo que corresponde a los requisitos para acceder al mismo. No obstante, los Estados Miembros deben respetar el principio de universalidad subjetiva establecido en el artículo 35, el cual comienza con la expresión “toda persona”. De esta manera, se considera que debe reconocerse de manera universal, es decir, el acceso al mismo no debe estar limitado por restricciones de carácter jurídico-político, como la carencia de la condición de ciudadano, o administrativo, como la posesión del carácter de asegurado.

Adicionalmente, en lo que respecta al ejercicio de la competencia en materia sanitaria, los Estados Miembros deben actuar siempre de forma acorde al Derecho comunitario, lo cual incluye la normativa correspondiente a la libre prestación de servicios. Esto implica que los gobiernos de los Estados Miembros no pueden promover, o mantener en caso de que ya estuvieran en vigor previamente a la Carta, “restricciones

injustificadas al ejercicio de dicha libertad en el ámbito de la asistencia sanitaria” (Martín, 2008).

La segunda sección del artículo, como se ha indicado, constituye un mandato a los poderes públicos a tener presente la protección de la salud en sus políticas, inclusive en aquellas cuyo contenido no sea necesariamente de carácter sanitario. Presenta de esta manera un “principio de transversalidad” (Cavas Martínez & Sánchez Triguero, 2005) de la protección de la salud, debiendo este ser considerado en la definición de las diversas políticas comunitarias.

#### **IV. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

Una vez explorada la posición del derecho a la protección de la salud en el contexto internacional, pasaremos ahora a analizar su situación en el ámbito nacional. Por un lado, como uno de los principios rectores de la política económica y social, y por otro con respecto al reparto de competencias derivadas del mismo entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

##### **a. El art. 43 CE: el derecho a la protección de la salud como principio rector**

De forma breve y concisa, el apartado primero del artículo 43 de la Constitución Española expresa que “se reconoce el derecho a la protección de la salud”. Procede entonces, en el apartado segundo, a indicar que es competencia de los poderes públicos “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”, siguiendo los derechos y deberes establecidos por ley. Finaliza el artículo con una indicación del deber de los poderes públicos de fomentar el deporte y educación sanitaria. A pesar del uso de la palabra *derecho*, la protección de la salud se encuentra, junto con la mayoría de los derechos sociales, en el Capítulo Tercero del Título Primero, denominado “De los principios rectores de la política social y económica”. Como se ha indicado en el segundo capítulo del presente trabajo, hay conflictivas opiniones doctrinales sobre si los derechos recogidos en dicho capítulo deben concebirse como normas programáticas o derechos subjetivos, y este derecho no es excepción.

No obstante, a la hora de determinar el valor del artículo 43 es importante tener en consideración su conexión con otros derechos que si tienen carácter fundamental. Es el caso del derecho a la vida y a la integridad física recogido en el artículo 15, considerado por la jurisprudencia “como uno de los referentes principales en la conformación de sus contenidos” (Redondo, 2018). El Tribunal Constitucional ha remarcado en varias ocasiones el vínculo entre ambos derechos, por ejemplo, en la Sentencia 120/1990, del 27 de junio relativa al caso de la huelga de hambre realizada por varios miembros del grupo terrorista GRAPO mientras estaban en prisión. El Tribunal declaró que no se les podía obligar a aceptar asistencia médica, en base a que el derecho a que no se menoscabe la salud «queda comprendida en el derecho a la integridad personal». En base a esto, podríamos decir que el derecho a la protección de la salud como principio rector supone en cierta medida un límite ante posibles injerencias del Estado. Eso sí, siempre y cuando la injerencia contra la salud como parte del derecho a la integridad física sea tal que suponga una violación del artículo 15 como derecho fundamental; en palabras del Tribunal constitucional, debe suponer un “un peligro grave y cierto” (STC 119/2001) para la integridad física y moral.

Adicionalmente, como he explicado previamente los derechos sociales se consideran *conditio sine qua non* del resto de derechos, siendo también el caso del derecho de protección a la salud, ya que “el mantenimiento de unas mínimas condiciones de vida es condición necesaria para el ejercicio de cualquier otro derecho fundamental” (Cano, 2016). Es por estos motivos que se le da una especial relevancia a este artículo, considerado por algunos como una especie de principio rector *subjetivado* y por otros directamente como un derecho subjetivo exigible. En cuanto a la opinión de la jurisprudencia constitucional, tratando la cuestión del valor de los artículos del Capítulo III del Título I, declaró que “aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables” (STC 31/1991). Esto no es decir que los principios rectores son preceptos vacíos de contenido, ya que tienen dos funciones de gran importancia. Por un lado, como límite a posibles lesiones a derechos y libertades derivadas de la acción de los poderes públicos y, por otro, como criterio interpretativo de otros preceptos tanto legales como constitucionales, asegurando que se realicen interpretaciones conforme a los principios del Estado Social.

A pesar de no haber consenso en la doctrina con respecto al valor que se le debe dar al reconocimiento por parte de la Constitución de este derecho, sí parece haber

acuerdo sobre que, derecho subjetivo o norma pragmática, su contenido debe ser desarrollado por Ley. Inicialmente, debido a su ubicación en la Constitución, no gozaría de las protecciones otorgadas a los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I, como son la reserva de ley y el contenido esencial. El derecho a la protección de la salud no dispone de un contenido esencial protegido de posibles modificaciones, no hay una protección constitucional de las acciones concretas que deben realizar los poderes. El Parlamento, e incluso el gobierno mediante Real Decreto-Ley como exploraremos más adelante, goza de una libertad prácticamente plena para determinar los servicios, derechos y deberes que el derecho contiene.

No obstante, sí que hay una obligación de realizar alguna acción, es decir, la abstención absoluta de actuar por parte del Estado no es posible. En la medida en la que el artículo 43 supone un reconocimiento del derecho de la protección de la salud, implica un deber por parte de los poderes públicos de promover legislación que desarrolle la configuración del derecho de manera que el derecho a la protección de la salud supone un “derecho a que se establezcan derechos” (Rexach, 2003). Es esta falta de discrecionalidad con respecto a la decisión de tomar algún tipo de acción para la realización del derecho lo que algunos consideran como una especie de contenido esencial. El Estado tiene una obligación, no solamente de desarrollar mediante legislación el derecho recogido en el art. 43, sino de tutelar y protegerlo mediante las medidas o servicios que sean necesarios.

#### **b. Reparto competencial en materia sanitaria entre Estado y Autonomías**

La actual descentralización que caracteriza la organización sanitaria, y que se puede observar en el reparto competencial indicado en el apartado primero de los artículos 149 y 148 de la actual Constitución Española es fruto de una larga evolución del concepto de salud y sanidad. El concepto tradicional de sanidad presente en el Antiguo Régimen recibía el nombre de “policía sanitaria”, en el sentido de que “lo sanitario se vinculaba al concepto de orden público como título habilitante de actuación de los poderes públicos” (Larruga, 1999). Hacía referencia a una visión de la salud desde el punto de vista colectivo, con la principal preocupación siendo proteger al pueblo de la difusión de las epidemias. Por lo tanto, las medidas realizadas eran de restricción de los derechos de los individuales en favor de la salud pública y estaban atribuidas a los entes municipales.

Este reparto de competencias se conservó sin grandes cambios durante el surgimiento del Estado Liberal, hasta la promoción de la Ley de Sanidad de 1855, la cual supuso el primer modelo moderno de la sanidad española, además de un “importante hito en el proceso de la progresiva centralización del sistema de la sanidad pública” (Larruga, 1999). Este proceso de centralización continuó con la Ley de Bases de la Sanidad Española aprobada en 1944, que otorgaba la competencia de sanidad al Estado representado a través de la Dirección General de Sanidad. Como últimos pasos previos a la Constitución de 1978, son también importantes el establecimiento el año previo a la aprobación de la misma del Ministerio de Sanidad y la Administración Institucional Independiente del mismo. En 1986 entra en vigor una nueva Ley General de Sanidad basada en los principios de integración de servicios sanitarios y descentralización de la sanidad, Al contrario que la Ley de 1944 que estaba más orientada al establecimiento de medidas de higiene, la LGS se dirigía a la instauración de un Sistema Nacional de Salud, y al fin de la fragmentación que existía en torno a las competencias en materia de sanidad, lo cual se refleja en el artículo 4 de la misma, que dice lo siguiente:

"Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas competentes, organizarán y desarrollarán todas las acciones sanitarias a que se refiere este título dentro de una concepción integral del sistema sanitario."

En la actualidad, la competencia de sanidad esta compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, correspondiendo al primero establecer las condiciones básicas que serán comunes para todas las autonomías, y a las segundas el desarrollo y ejecución de determinados aspectos, en función de la capacidad económica y de autogobierno de cada una. Las Autonomías pueden mejorar las prestaciones mínimas aseguradas por el Estado, pero deben respetar el principio de solidaridad establecido en el art. 138 CE. La premisa para el reparto de competencias la podemos encontrar en los artículos 148 y 149 CE. El primero establece que las CCAA “podrán asumir competencias” en materia de sanidad e higiene, mientras que el segundo otorga competencia exclusiva al Estado en tres aspectos relativos a sanidad: la sanidad exterior, el establecimiento de sus bases y coordinación general, y la legislación sobre productos farmacéuticos. Adicionalmente, en el apartado primero del mismo artículo 149 se encuentra la obligación tanto de los poderes públicos como del Estado de garantizar la igualdad en el acceso a las cuestiones básicas de sanidad de todos los españoles independientemente de donde residan en el territorio nacional. Dichos artículos “confieren al Estado competencia para establecer una

normativa uniforme, con vigencia en todo la Nación, que incorpore los principios de las actuaciones públicas relativas a la protección de la salud” (Montalvo, 2009). En base a estos preceptos, podríamos dividir la competencia de sanidad en tres subcompetencias: sanidad interior e higiene, sanidad exterior, y productos farmacéuticos.

El concepto de sanidad exterior está vinculado con la circulación tanto de personas como de bienes, y su objetivo es vigilar, prevenir y eliminar los posibles riesgos para la salud asociados con la misma, en concreto los relativos a la propagación de epidemias. En este ámbito la competencia reside plena y exclusivamente en el Estado, tanto en lo que respecta al desarrollo de legislación como a la ejecución de la misma. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha aclarado que para el correcto desarrollo de esta competencia es indispensable la colaboración entre Estado y Autonomías. Adicionalmente, las competencias concretas del Estado con relación a esta materia se regulan en los artículos 38 y 39 de la Ley 14/1986 General de Sanidad, el segundo de los cuales prevé además la colaboración con otros países y organizaciones internacionales.

En cuanto a la sanidad interior e higiene, incluye el concepto más generalmente usado de sanidad en cuanto a protección de la salud, es decir, el relativo al uso del sistema sanitario. Al contrario que la sanidad exterior, esta es una competencia compartida, en cuanto que su desarrollo normativo y ejecución pueden ser asumidos por las Comunidades Autónomas. En este ámbito la competencia del Estado “se circunscribe a las bases de la sanidad, coordinación y Alta inspección, sin perjuicio de que haya de reconocerse la incidencia en materia sanitaria de otros títulos competenciales” (Montalvo, 2009). En la doctrina del Tribunal Constitucional podemos encontrar los aspectos que conforman que se entiende exactamente por *bases*. Dicho concepto se refiere al denominador común necesario para asegurar una unidad fundamental. Constituyen los principios y directrices que conforman el marco normativo unitario de sanidad en base al cual las CCAA desarrollan las competencias, no pudiendo llegar nunca a tal grado de especificidad que deje sin contenido la posible competencia de las Comunidades. A pesar de tratarse de una competencia estatal que debe desarrollarse mayoritariamente por ley, el Tribunal Constitucional estableció en la Sentencia 203/1993, de 17 de junio, que cabe de forma excepcional la regulación de ciertos aspectos básicos por Reglamento, únicamente cuando sea necesario para garantizar el mínimo común denominador.

Adicionalmente, el reparto de competencias en materia sanitaria entre el Estado y las Comunidades Autónomas es un tema que ha generado amplio debate, y en el que podemos encontrar tres posiciones. En primer lugar, aquellos que consideran que nos estamos dirigiendo hacia un “nuevo Estado Autonómico” (Pérez, 2018); en segundo, aquellos que argumentan que los estatutos no introducen grandes cambios, sino que simplemente se adaptan a una realidad ya existente; y finalmente, los que mostrándose de acuerdo con que los estatutos han incluido entre sus artículos las “experiencias jurídicas del Estado de las Autonomías” (Pérez, 2018), reconocen la existencia de nuevas competencias autonómicas. Ejemplo de la ampliación de las competencias de las autonomías fue la disolución en 2002 del antiguo INSALUD, o Instituto Nacional de la Salud, cuyas competencias de gestión fueron transferidas a las autonomías. Adicionalmente, las competencias en esta materia son reguladas nacionalmente por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de la Salud, el cual está formado por los más altos responsables autonómicos de materia de salud. Entre otras materias, se encarga de asegurar la igualdad a nivel nacional de los servicios sanitarios.

Conviene hacer una breve referencia a las Administraciones Locales, ya que, aunque el foco de las competencias en materia de sanidad reside en el Estado y las Comunidades Autónomas, también concierne a los Ayuntamientos. La Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, atribuye una serie de competencias a los ayuntamientos relativas a la protección de la salubridad pública y atención primaria a la salud, así como otras materias que guardan conexión con las anteriores como son los servicios sociales. Esta otorgación de competencias constituye una obligación de la Administración Pública, lo cual implica que el incumplimiento de la misma da lugar a la posibilidad de exigirla ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Adicionalmente, la Ley General de Sanidad atribuye también a los Ayuntamientos una serie de competencias mínimas, en contraste con la tradicional posesión del foco de la competencia de sanidad, sin perjuicio de las competencias que corresponden al resto de Administraciones Públicas. El artículo 42.3 de la misma establece que les corresponde, además de asegurar el cumplimiento de las normas sanitarias relacionadas entre otros aspectos, con el control sanitario del medio ambiente, de industrias, de lugares de vivienda, y de la distribución y suministro de alimentos.

## V. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES

El objetivo de este apartado no es analizar los distintos motivos por los cuales los inmigrantes se encuentran en situación de irregularidad administrativa, sino que partiendo del hecho de que es una realidad que hay personas que se encuentran en dicha situación, analizar de qué manera se está haciendo efectivo su derecho a la protección a la salud, si es que tienen acceso al mismo.

### a. **Evolución normativa y regulación actual**

#### i. El marco legal previo al Real Decreto-Ley 16/2012

La Constitución Española de 1978 reconoce en su artículo 13.1 que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Entre las tres categorías en las que podemos clasificar los derechos en base a la titularidad de los mismos por parte de los extranjeros (igual titularidad, ausencia de titularidad, titularidad condicionada a las leyes), el derecho a la protección a la salud se encontraría en el grupo de los “derechos cuya titularidad comparten nacionales y extranjeros, si bien el ejercicio por estos últimos se condiciona a lo establecido por los Tratados y las leyes” (Torres, 2018).

Previamente a las modificaciones introducidas por el Real-Decreto Ley 16/2012, el marco legal del derecho a la protección a la salud de los extranjeros en España destacaba por su universalidad. Dicho marco se componía, en primer lugar, por la Ley 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros, comúnmente conocida como Ley de Extranjería, la cual, en su artículo 12.1 declara que “basta la inscripción en el padrón municipal para gozar de este derecho en las mismas condiciones que los españoles”. De esta manera, garantizaba el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros en la misma manera que los españoles, con la única condición de su empadronamiento en el municipio en el cual residiesen.

En segundo lugar, la Ley 14/1986, General de Sanidad, establecía en el apartado segundo de su artículo primero «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». En tercer lugar, la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS), en su redacción previa al

RD 16/2012, incluía entre sus principios generales señalados en el artículo 2, “el aseguramiento universal y público por parte del Estado”; por su parte, el artículo 3 al indicar quienes eran titulares de los derechos a la protección a la salud y la atención sanitaria, incluía a “todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000”. Este reconocimiento tan amplio del derecho sería en acorde a la Observación General N°14, la cual consideraba el derecho a la protección a la salud como “universal en un sentido totalizador”, así como algunos autores que defendían que “el derecho a la asistencia sanitaria, su protección y garantía está, tan vinculado al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, que se debe predicar del mismo su universalidad” (Marcos, 2016).

En base a estos preceptos, podían disfrutar del derecho una amplia parte de los inmigrantes en España, tuviesen o no residencia legal, quedando fuera aquellos que no estuviesen empadronados. Esta situación podría producirse por varios motivos, como la falta de documentos de identificación o de un lugar de residencia estable, que figurasen muchas personas como residentes en la misma vivienda, o que se tratase de inmigrantes no residentes que se encontraban en España realizando trabajo de manera itinerante. Todos aquellos que se encontrasen en alguna de estas situaciones solamente tendrían acceso a asistencia sanitaria en caso de urgencia o enfermedad grave.

Exigir únicamente el requisito del empadronamiento para disfrutar del acceso a la asistencia sanitaria es claramente preferible a la situación establecida por el posterior RD 16/2012, que introdujo la categoría de “asegurado”. Aun así, también presentaba sus dificultades para los inmigrantes en situación irregular. Como cualquier trámite burocrático, puede resultar complicado para aquellos que cuyo conocimiento del español sea escaso. Adicionalmente, además de requerir renovación cada dos años, los datos proporcionados para el empadronamiento podían ser usados para identificar a inmigrantes irregulares, de manera que el padrón podía ser visto como “instrumento de control administrativo o policial”, lo cual “desalienta a un gran número de inmigrantes a su empadronamiento” (Rodríguez Blázquez, 2004), ya que la Dirección General de la Policía puede acceder a estos datos para disponer de información que puede llegar a servir para abrir un expediente de expulsión. No obstante, el sistema de empadronamiento también tiene sus ventajas, ya que facilita “a las Administraciones públicas competentes la distribución de la población por zonas para prestar los servicios de forma ordenada entre los diferentes centros (sanitarios o educativos)” (Delgado del Rincón, 2014)

ii. El Real Decreto-Ley 16/2012 y el Real Decreto-Ley 7/2018

El 20 de abril de 2012 se produjo un gran retroceso en cuanto a la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria en España con la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Dicho decreto, sustentado en “criterios economicistas orientados a la reducción del déficit de las cuentas públicas” (Velasco, 2012), supuso una gran modificación en el sistema sanitario mediante el endurecimiento de los requerimientos a los extranjeros no comunitarios. La reforma realizada por el Real Decreto-Ley 16/2012 implicó la eliminación de un “inciso fundamental para garantizar la igualdad en materia de salud” (Hernández, 2013) del artículo 3 de la Ley 16/2003, el cual establecía lo siguiente,

“las Administraciones Publicas orientaran sus acciones en materia de salud, incorporando medidas activas que impidan la discriminación a cualquier colectivo de población que, por razones culturales, lingüísticas, religiosas, sociales o de discapacidad, tenga especial dificultad para el acceso efectivo a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”.

La controvertida reforma supuso la introducción del concepto de “asegurado”. La nueva redacción del artículo tercero de la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que previamente garantizaba el acceso al sistema sanitario a españoles y extranjeros empadronados, ahora disponía que “la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado”. De esta manera, se establecía un vínculo expreso y directo entre la Seguridad Social y el derecho al acceso a la asistencia sanitaria.

En cuanto a quién podía disponer de la condición de asegurado, esto venía establecido en el apartado segundo del mismo artículo 3 de la Ley 16/2003, el cual declaraba que para entrar en tal categoría se debía estar en uno de los siguientes supuestos:

“a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta. b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social. c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo. d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título”

Esta nueva regulación implicaba la exclusión del sistema, por un lado, de los ciudadanos españoles de más de 26 años que todavía no hubieran tenido su primer empleo, y de mayor relevancia de cara al presente trabajo, de una gran parte del colectivo de inmigrantes, incluyendo,

“los que se encuentran en situación irregular en la actualidad y no están empadronados, los que cuenten actualmente con tarjeta sanitaria por estar empadronados pero carecen de permiso de residencia en España, los extranjeros que cuenten actualmente con tarjeta sanitaria a los que les será denegada la segunda tarjeta de residencia a causa de haber agotado las prestaciones por desempleo y encontrarse en paro de larga duración (irregularidad sobrevenida) y los extranjeros, especialmente mujeres amas de casa reagrupadas, actualmente con tarjeta sanitaria que verán cancelada su tarjeta de residencia en el momento que sea denegada la de su cónyuge” (Bernat, 2013).

No obstante, mientras que el acceso de los primeros a la sanidad podría estar cubierto por la vía del artículo 3.2, según el cual dispondrán también de la condición de asegurados aquellas personas que no tengan “ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía”, esto no sirve para los inmigrantes irregulares, ya que seguía requiriendo que la persona disponga de autorización para residir en España. La pérdida del derecho a la asistencia sanitaria por parte de un colectivo en situación vulnerable como son los inmigrantes irregulares no estuvo libre de críticas, por quienes consideraban que “el derecho a la salud [...] no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado” (Insua, 2019).

Adicionalmente, junto a la figura de asegurado la nueva regulación introdujo la figura del “beneficiario” de un asegurado, de la cual podían disfrutar entre otros los conyugues de los asegurados o personas con relación afectiva análoga, pero entre cuyos requisitos se encontraba una vez más la residencia legal en España para los nacionales de terceros países, además de la dependencia económica. De esta manera, el acceso de los inmigrantes en situación administrativa irregular al sistema solamente era posible por la vía del artículo 3 ter, y únicamente estaba garantizado en caso de enfermedad grave o accidente; embarazo, parto y postparto; y para los menores de edad; en dichas situaciones, recibirían asistencia médica en condiciones iguales a los españoles. En relación con estos supuestos en los cuales los inmigrantes sin residencia tendrían acceso a la asistencia sanitaria, resulta relevante señalar que no se incluyó en el Real Decreto-Ley una

explicación de que lo que estaría incluido en “enfermedad grave”, por lo que, como dice Vicente Lomas en un artículo sobre la reforma,

“resulta preocupante el tratamiento que por parte de las Administraciones sanitarias de nuestro país se esté dando a los enfermos crónicos, personas portadoras de VIH, pacientes de cáncer o que precisan un seguimiento, todos ellos extranjeros mayores de edad en situación irregular y sin recursos suficientes para costear la suscripción de un convenio especial” (Hernández, 2013).

Otro aspecto relevante a considerar, que el mismo Vicente Lomas señala en su artículo, es hasta que momento estaría incluido el tratamiento médico en caso de accidente, ya que los tratamientos que se podrían ser necesarios para recuperarse totalmente no son los prestados por los servicios sanitarios de urgencias. Finalmente, teniendo en cuenta que la única vía de acceso al sistema sanitario para muchos inmigrantes eran los servicios de urgencias, esto podía causar que estas personas esperasen hasta que su salud empeorase considerablemente antes de acudir a un médico, causando un considerable aumento de gente en los servicios de urgencias, con el asociado aumento del coste de los mismos para la sociedad.

Tras el paréntesis en el avance hacia la universalidad que supuso la expuesta regulación introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, en 2018 se produjo la vuelta a la continuación de este proceso con la aprobación del Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. De acuerdo con lo establecido en la exposición de motivos del Decreto-Ley, la nueva normativa buscaba asegurar “el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en el Estado español”. Esto lo consigue, por un lado, mediante la modificación del artículo 3.1 de la Ley 16/2003, el cual declara como titulares del derecho a la protección de la salud y atención sanitaria a “todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español”. Por otro lado, y para que no haya lugar a dudas de la titularidad de este derecho por aquellos en situación administrativa irregular, añade el artículo 3 ter, que establece que “Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, tal y como se establece en el artículo 3.1”.

En base a esta nueva regulación, el colectivo de los inmigrantes en situación irregular vuelve a tener acceso al sistema sanitario, “sin perjuicio de que pueda variar en función del contenido que tenga la cartera complementaria autonómica en la comunidad autónoma en la que residan” (Delgado del Rincón, 2019). No obstante, continúan existiendo importantes limitaciones en relación con el pleno disfrute del derecho a la protección de la salud de los inmigrantes, ya que “a efectos de la participación en el precio de los medicamentos ("copago"), las personas beneficiarias abonarán el 40 % del precio de venta al público” (Insua, 2019). Adicionalmente, hay otra diferencia entre el derecho de los españoles al disfrute de la asistencia sanitaria y el de los extranjeros, y es que los segundos no pueden “exportar” el derecho. Es decir, que cuando los extranjeros sin residencia autorizada con España se encuentren en el extranjero, no tienen derecho a la cobertura sanitaria con cargo a fondos públicos de nuestro país, independientemente de que el país donde se encuentre sea parte de la Unión Europea y tenga vínculos comunitarios con España; esto se puede entender ya que se trata de personas sin vínculos oficiales a España, legal o administrativamente hablando.

Es importante aclarar que, a pesar de la aparente universalidad de la regulación sanitaria introducida por el Real Decreto-Ley 7/2018, también introduce algunas condiciones para acceder al ejercicio del derechos para los extranjeros. Estos se encuentran en el apartado 2 del artículo 3 ter de la Ley 16/2003, y son los siguientes:

“a) No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable. b) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. c) No existir un tercero obligado al pago”.

Aunque el motivo de la inclusión de estos requisitos es asegurar que no se haga un uso indebido del derecho, “por su redacción imprecisa, pueden dar lugar también a una interpretación restrictiva y limitadora del mismo” (Delgado del Rincón, 2019). Estos preceptos implican que los inmigrantes sin residencia autorizada en España deberán obtener los necesarios documentos para demostrar que están en ninguna de las situaciones incluidas en la ley. Esto supone un obstáculo adicional en el ejercicio del derecho para un grupo que ya de por sí se encuentra en una situación vulnerable, ya que, para los inmigrantes provenientes de países en situaciones políticas y económicas muy inestables como por ejemplo es el caso de los venezolanos, puede resultar altamente difícil obtener estos documentos de sus respectivos consulados, o de las instituciones a las cuales les

competa emitirlos en sus países, particularmente si han tenido que salir de los mismos de forma irregular.

El Decreto-Ley realizó otra modificación que, si la vuelta a la universalidad del acceso a la atención sanitaria fuese efectiva, tendría sentido. En la regulación introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, el artículo 3 de la LCCSNS incluía un apartado previamente mencionado en el cual se garantizaba el acceso de los inmigrantes irregulares a la atención sanitaria en unos determinados supuestos (embarazo, accidente, menores de dieciocho); dicho apartado fue suprimido por el Real Decreto-Ley 7/2018. Si bien esto parece coherente al ampliar el acceso al sistema a todos los inmigrantes irregulares, algunos autores, la posición de los cuales se ve reflejada en el libro *El Derecho a la Asistencia Sanitaria de los Extranjeros: Limitaciones y Problemas Competenciales* de Delgado del Rincón, consideran que,

“ante los requisitos restrictivos establecidos por el art. 3.ter.2 LCCSNS para hacer efectivo el ejercicio del derecho, consideramos que debería incluirse en dicho precepto (y no en una norma reglamentaria de desarrollo) un apartado que blinde legalmente la atención sanitaria a los extranjeros no residentes, en los casos especiales de urgencia”. (Delgado del Rincón, 2019, pág. 93)

Finalmente, Real Decreto-Ley 7/2018 incluyó en su regulación otra forma de cobertura de la sanidad, mediante la figura del tercero obligado al pago, reflejada en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad según el cual “las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados”. Dicha figura tiene un objetivo similar a los requisitos previamente señalados, esto es, evitar un uso inapropiado del sistema sanitario español con cargo a fondos públicos. Permite a la Administración española realizar una reclamación del gasto por prestaciones sanitarias “a aquellos terceros que puedan ser responsables de dicho gasto ya por asegurar el riesgo, ya por ser responsables civiles, penales o por no tener cubierta la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos” (Zamora, 2018). Esta figura podría entrar en juego si un inmigrante sin residencia autorizada en España no cumpliera los requisitos indicados en el apartado 2 del artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de forma que no se verían privados del derecho a la asistencia sanitaria, pero sí de que sea cubierto con cargo a fondos públicos.

### iii. Reacción a nivel autonómico

Los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 16/2012 dieron lugar a una gran variada reacción por parte de las Comunidades Autónomas, dependiendo principalmente del nivel de concordancia entre el signo político del gobierno de la comunidad y el central, así como a un debate sobre las competencias de las mismas en materia sanitaria, particularmente con respecto a su capacidad de ampliar el ámbito subjetivo del derecho al acceso a la asistencia sanitaria.

Estas reacciones pueden repartirse en tres grupos, comenzando con comunidades como Madrid, Extremadura, Aragón o las Islas Baleares, que acataron sin discusión las modificaciones, limitando el acceso al sistema sanitaria a los supuestos de embarazo, urgencia o menores de edad. En el lado opuesto del espectro nos encontramos con aquellas Comunidades Autónomas (CCAA) que, incluso previamente a la entrada en vigor del Real Decreto, ya habían declarado que no aplicarían los cambios introducidos por el mismos, como fue el caso de Cataluña, Andalucía, el País Vasco y Asturias. En consecuencia, este grupo de CCAA continuó concediendo asistencia médica a inmigrantes sin residencia autorizado, previo cumplimiento de una serie de requisitos (ausencia de otro sistema de cobertura médica, tiempo mínimo de residencia, ingresos máximos). Finalmente, comunidades como la Comunidad Valenciana y Castilla y León optaron por una posición intermedia, permitiendo el acceso a la asistencia sanitaria en general, pero mediante facturación de los servicios.

Esta heterogénea regulación daba lugar a una situación en la cual un inmigrante en situación administrativa irregular podía tener acceso o no a la asistencia sanitaria en función de la Comunidad Autónoma en la cual residiese. Adicionalmente, y para mayor complicación, algunas autonomías disponían de artículos en sus estatutos contrarios a lo dispuesto en el Real Decreto-Ley 16/2012. Este era el caso, por ejemplo, de Cataluña, cuyo artículo 23 de su estatuto establecía que “todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública, en los términos que establezcan las leyes”; también era el caso de Andalucía, cuyo estatuto garantizaba en su artículo 22 “el derecho constitucional previsto en el artículo 43 de la Constitución Española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal”.

Competencialmente hablando, es al Estado al cual le corresponde tanto la regulación de la situación jurídico y administrativa de los extranjeros en España (en base al artículo 149.1.2 CE), como el establecimiento de las bases generales de la legislación en materia de sanidad y régimen económico de la Seguridad Social (según lo establecido en los artículos 149.1.16 y 17 CE). Estas competencias le otorgaban el fundamento necesario para establecer en el Real Decreto-Ley 16/2012 el requerimiento de la condición de asegurado para el acceso a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. Por su parte, como se explicó en el Capítulo IV, a las Comunidades Autónomas les correspondía el desarrollo y ejecución de las bases establecidas por el Estado en materia sanitaria, respetando las condiciones básicas fijadas por el mismo. El Tribunal Constitucional, en la STC 136/2012, de 19 de junio, aclaró a quien le correspondía determina al ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria, declarando que “la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia”. Esto implica la decisión esta en manos del Estado, encargado de determinar las bases en materia sanitaria.

Por su parte, la vuelta al camino hacia la universalidad introducida por el Real Decreto-Ley 7/2018 no causó una reacción tan dispar entre las Comunidades Autónomas. No obstante, si cabe señalar un cambio relativo al ámbito de las competencias, y es la adjudicación a la Administración General del Estado, en concreto al Ministerio de Sanidad, de la función de reconocer el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. Es una vez este sea reconocido que el derecho podrá ser hecho efectivo por las administraciones a las que le compete, para que estas puedan expedir la tarjeta sanitaria individual. Esto implica que a las CCAA no tendrán la capacidad de expedir tarjetas sanitarias a personas a las cuales la Administración no les haya reconocido previamente el derecho. Como señala Leopoldo J. Gómez Zamora,

“cuando una persona requiere asistencia sanitaria acude a un centro sanitario, generalmente dependiente de la Comunidad Autónoma, y pretende obtener la tarjeta sanitaria como título acreditativo del derecho. El tenor del artículo determinaría que aunque se dirigiera a tal centro el trámite de la solicitud del reconocimiento del derecho debería realizarse en el Ministerio”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al sistema nacional de salud

## **b. Consideraciones culturales y sociales**

Más allá de lo establecido en las leyes y los reglamentos que las desarrollan, hay una multitud de aspectos económicos, sociológicos y culturales que pueden afectar al acceso efectivo de los inmigrantes al sistema de atención sanitaria. Estos pueden ser tanto procedentes de los propios inmigrantes, como puede ser el idioma o la desconfianza; de los servicios de salud, como una excesiva burocracia, requisitos administrativos u horarios; y de los profesionales de la salud, como un desconocimiento de la cultura del paciente.

Hasta finales de la década de los 80, la posición de España en los flujos migratorios era como país emisor de emigrantes, ya fuera por motivos políticos o económicos. El cambio de país emisor a país receptor supuso una adaptación cultural no solo para aquellos que eligieron España como su nuevo país de residencia, sino para el propio país y la sociedad española, incluyendo el ámbito sanitario. A pesar de que son ya varias décadas en las que continúa aumentando el número de inmigrantes y diversificándose la sociedad, continúan persistiendo los prejuicios, como por ejemplo la imagen de los inmigrantes como “colectivos vulnerables sin participación en intercambios y, por tanto, hiperdemandante de servicios de salud ya que presentan un grave riesgo de enfermar”. Sin embargo, las cifras muestran una realidad distinta, revelando que “los inmigrantes van al médico es un 9,3% menos que los autóctonos al Sistema Salud Público Español. Incluso en la atención primaria y en los especialistas la diferencia asciende hasta el 19% menos” (Belmonte García, Checa Olmos, & Arjona Garrida, 2012).

Una de las posibles explicaciones de esta imagen de los inmigrantes es que, más que hacer un excesivo uso del sistema, hagan un uso inadecuado del servicio de urgencias en particular. Estudios revelan que “el 60 por cien de los problemas que se ven en las urgencias de los hospitales no son patologías de urgencias” (Urbano, 2008); esto podría estar causado por el hecho de que los inmigrantes que se encuentran en situación irregular, y por tanto posiblemente en trabajos de los cuales dependen fuertemente, vean el servicio de urgencias como una vía rápida de entrada al sistema de atención sanitaria abierta 24 horas al día. Es por esto que, más allá de cambios legislativos, se deben poner en práctica medidas orientadas, entre otros aspectos, a facilitar el acceso al sistema sanitario y mejorar el conocimiento de los inmigrantes del mismo.

En algunos planes a nivel autonómico y estatal se puede ver reflejada la idea de la búsqueda de la igualdad efectiva en el acceso al sistema sanitario. Es el caso, por ejemplo, del *Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014*, en el cual se indica que se

“La equidad en el acceso a los servicios de promoción de salud, los de prevención de la enfermedad y a la atención médica para todas las personas que se encuentran en España es, además de un acto de justicia y de cumplimiento de los derechos humanos, una cuestión de efectividad de la salud pública”.

Asimismo, el *Plan de ciudadanía e integración 2009-2012* de Cataluña incluye entre sus objetivos de salud e inmigración, “garantizar el dimensionamiento adecuado de las plantillas, adecuándolas a los incrementos poblacionales y a las características de las poblaciones que atiende cada uno de los centros, y que suponen diferentes cargas asistenciales”. Finalmente, el *Plan Integral de Inmigración* de Andalucía para los años 2006 a 2009, expresa que uno de sus objetivos es “acercar estos recursos [sanitarios] a la población inmigrante e incidir de forma especial sobre aquellas situaciones que puedan suponer riesgo para la salud individual o colectiva, desde una óptica transversal y coordinada de sus actuaciones”. Resaltar que este último incluye tres medidas concretas mediante las cuales planea alcanzar este objetivo, las cuales consisten en: difundir información respecto de las formas de acceso al sistema sanitario, potenciar la mediación con el colectivo de inmigrantes mediante ONGs, y la captación de la población inmigrante desde las Zonas básicas de salud.

Un tema que también se debe tener en consideración al hablar de la salud de los inmigrantes es que la salud no es solamente lo físico, sino también lo mental. Como resulta evidente, la experiencia de ser inmigrante, particularmente cuando se ha emigrado forzado por motivos económicos o políticos, lleva consigo un importante nivel de estrés, en adición al choque cultural y posible discriminación que se pueda sufrir en el país receptor. De acuerdo a la Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental, estos aspectos causan el llamado Síndrome de Estrés Crónico del Inmigrante, también conocido como Síndrome de Ulises, consistente en una “sintomatología ansioso-depresiva, considerándose un cuadro a caballo entre el estrés agudo y los trastornos adaptativos” y que se produce particularmente en “inmigrantes ilegales o con riesgo de serlo” (Achotegui et al., 2010).

## **VI. CONCLUSIÓN: ¿EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL?**

No hace falta ni que decir que la temática de los derechos económicos, sociales y culturales es una de carácter inmenso, sobre la cual se podrían escribir cantidades innumerables de trabajos abordándola desde múltiples perspectivas, y lo mismo se podría decir del derecho social en concreto elegido para análisis, el derecho a la protección de la salud. No obstante, en el presente trabajo se ha intentado exponer algunos de los aspectos elementales de los DESC, como son su consideración como derechos humanos, su carácter prestacional o su debatida consideración como derechos subjetivos.

Centrándonos en el derecho a la protección de la salud, se ha expuesto el reconocimiento que tiene a nivel internacional, reflejo de su importancia, en la Carta Social Europea; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y subsecuente Protocolo Facultativo de 2008; y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Adicionalmente, se analizado como a pesar de este reconocimiento internacional, su posición en la Constitución Española como principio rector, y la consecuente falta de garantías constitucionales que lo protejan pueden causar que eventos transitorios como es una crisis económica lleven a que un colectivo entero se vea prácticamente privado de este derecho.

A pesar de que dicha privación haya sido revertida (relativamente hablando, teniendo en consideración las expuestas dificultades que todavía presenta acceder al derecho) mediante el Real Decreto-Ley 7/2018, persiste en mí cierta inquietud. Es por este motivo que considero que se debería valorar la posibilidad de hacer del derecho a la protección de la salud un derecho fundamental, con las consiguientes garantías. Esta es una posibilidad defendida por varios autores, como Fernando Rey Martínez, según el cual “el reconocimiento jurídico como derecho fundamental de la protección de la salud no vendría sino a corroborar formalmente lo que es una realidad sólidamente establecida” (Martínez, 2018). Por su parte, Ana María Marcos también defiende la configuración de este derecho como fundamental, debido a su estrecha conexión con aspectos tan relevantes como la vida o la integridad física. Según ella, el derecho a la salud es un “derecho básico del individuo porque protege un bien primario, una necesidad básica, cuya privación le impedirá ser dueño de sí mismo, desarrollarse como persona y como ciudadano” (Marcos, 2016).

En relación a este asunto resulta relevante volver a traer a colación el caso de *Federación Internacional de Derechos Humanos c. Francia*, que tuvo lugar ante el Comité de Derechos Sociales respecto a una reforma legal en Francia que causaría la limitación del acceso a la asistencia sanitaria para los inmigrantes irregulares, similarmente a la situación ocurrida en España. Aquellos que llevasen menos de tres meses residiendo en el país solamente tendrían acceso en situaciones de emergencia, y aquellos que llevasen más tiempo podrían acceder al resto de servicios, pero deberían sufragar ellos mismo los costes sanitarios. La Federación argumentaba que esto suponía una violación del derecho a la asistencia sanitaria reflejado en el artículo 13 de la Carta Social Europea.

El Comité declaró que “las circunstancias de este caso particular afectan a un derecho de fundamental importancia para el individuo, ya que está conectado con el derecho a la vida y a la dignidad de todo ser humano”. Basándose en la consideración del “derecho a la asistencia sanitaria como condición para la garantía de la dignidad humana”, estableció que “toda legislación que en la práctica suprima la asistencia sanitaria a los nacionales, aunque se encuentren en una situación irregular, estaría vulnerando la Carta” (Guijarro, 2013). En adición a la conclusión del Comité, resulta relevante la conexión que realizó entre el derecho a la asistencia sanitaria y la dignidad, ya que muchos derechos fundamentales tienen tal condición debido a su estrecha vinculación con la dignidad humana.

Adicionalmente, a lo largo del presente trabajo se han expuesto diversas perspectivas y opiniones de los derechos sociales y el derecho a la protección de la salud; como una visión de los mismo como medios para el cumplimiento de los derechos políticos, según argumentaba Habermas; como “derechos de igualdad”, como aportaba el profesor Luis Prieto Sanchís Tras abordar este asuntos desde diferentes facetas considero que deben tomarse medidas para garantizar la estabilidad del acceso a este derecho, que es de importancia vital. Incluso si la configuración del derecho a la protección a la salud como derecho fundamental no es la respuesta adecuada. Pues como ha indicado el profesor Federico De Montalvo Jääskeläinen el problema no es la falta de herramientas “por carecer el derecho de naturaleza fundamental, sino en su incorrecta interpretación y aplicación por los Tribunales”.

La realización de este trabajo me ha llevado a reflexionar sobre diversas cuestiones. Una de ellas es el contraste que existe entre lo que la sociedad generalmente considera o cree que son derechos fundamentales, y aquellos que realmente lo son. Cuando comencé mi proceso de investigación sobre el derecho a la protección de la salud, mi principal asombro fue descubrir que no se trataba de un derecho fundamental, como yo creía. Me resulto sorprendente que en una época en la cual disfrutamos de tan increíbles avances médicos, en la que estamos continuamente viendo anuncios de nuevos productos de nutrición para tener el mayor nivel posible de salud, el acceso a los servicios sanitarios no estuviese más protegido constitucionalmente.

Un segundo aspecto que me resulto de particular interés fue la interpretación realizada por el Comité de los DESC (parte de las Naciones Unidas) en la Observación General N°14 del derecho a la salud, incluido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales o Culturales. Como se aportó en el correspondiente apartado, en dicho documento el Comité abordó en relación con este derecho factores socioeconómicos. Considero que, al analizar el acceso a este derecho, dichos son de especial importancia, no solamente por que permitan un mayor o mejor acceso a servicios sanitarios, sino por los efectos que pueden tener en la salud. Adicionalmente, incluye aspectos del derecho a la salud que no suelen ser incluidos, o de serlo, reciben menos atención, como son el acceso a agua potable, o un medio ambiente libre de contaminación.

El objetivo del presente trabajo era realizar un análisis de los derechos sociales, con particular enfoque en el derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular, en cuanto a su perspectiva como derecho a la asistencia sanitaria. Mientras que se espera haber realizado una labor adecuada de alcanzar dicho objetivo, desde luego ha sido una labor satisfactoria y de gran interés; de la cual se emerge con la esperanza, quizás utópica, de alcanzar algún día esas características de *indivisibilidad, universalidad e interdependencia* que el Comité de los DESC predicaba de los mismos. La salud, y por ello se entiende la buena salud, es un elemento esencial para poder desarrollarse no solo como ciudadanos productivos para la sociedad, sino como personas. Como dice un proverbio árabe, “aquel que tenga salud tiene esperanza; y aquel con esperanza lo tiene todo”.

## Bibliografía

- Achotegui, J., & al., e. (2010). Características de los inmigrantes con síndrome de estrés crónico del inmigrante o síndrome de Ulises. *Norte de Salud Mental*, 23-30.
- Aller, C. F. (2005). La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista de Derecho UNED*, 245-268.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (16 de Diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*
- Añón, C. L. (2020). La revolución de los determinantes sociales de la salud: derecho a la salud y desigualdad . *Anuario de filosofía del derecho*, 289-317.
- Belmonte García, T., Checa Olmos, J. C., & Arjona Garrida, Á. (2012). Servicios de salud e inmigración en Andalucía (España): una mirada desde dentro. *Saúde e Sociedade*.
- Bernat, J. A. (2013). Asistencia Sanitaria e Inmigración Irregular. *Revista de treball, economia i societat*, 1-16.
- Cabrera Vélez, J. P., Chacón, M. C., & Yáñez Olalla, T. E. (2020). Los derechos humanos de primera y segunda generación y su realización por parte de los estados. *Magazine De Las Ciencias: Revista De Investigación E Innovación*, 116-124.
- Cámara, M. A. (2019). Cultura (derecho de acceso a la) . *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 264-272.
- Camarena, C. S. (2014). La exigibilidad de los derechos sociales a partir de su estructura . *Ciencia Jurídica*, 51-68.
- Cano, A. M. (2016). El derecho a la salud desde el punto de vista ético jurídico. *Ius et Scientia*, 14-27.
- Cavas Martínez, F., & Sánchez Triguero, C. (2005). La protección de la salud en la Constitución Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 401-418.
- Cómite de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación General N°14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Ginebra.
- Consejo de Europa. (3 de Mayo de 1996). *Carta Social Europea (revisada)*
- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311
- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2019). Fundamentalidad del derecho a la protección de la salud y sostenibilidad del sistema público de salud (cuando más puede ser menos). *Teoría y Realidad Constitucional*, 397-416.
- Delgado del Rincón, L. E. (2014). El Derecho A La Asistencia Sanitaria De Los Inmigrantes Irregulares: Reflexiones Sobre la Reforma Introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de Abril. *Revista de Estudios Políticos*, 189-231.

- Delgado del Rincón, L. E. (2019). *El Derecho a la Asistencia Sanitaria de los Extranjeros: Limitaciones y Problemas Competenciales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Delgado del Rincón, L. E. (2019). 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*, 105-136.
- Delgado, I. M. (2002). La asistencia sanitaria de los extranjeros en España. *Derecho y Salud*, 197-218.
- Freijedo, F. J. (2005). El fundamento de los derechos fundamentales. *Redur*, 41-56.
- García Ballesteros, A., Jiménez Basco, B., & Redondo González, Á. (2009). La inmigración latinoamericana en España en el siglo XXI. *Investigaciones Geográficas, Boletín del Instituto de Geografía, UNAM*, 55-70.
- García-Lozano, S. T. (2013). España y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *El Cotidiano*, 53-67.
- Guijarro, I. S. (2013). Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 127-158.
- Hernández, V. L. (2013). De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 42-62.
- Inmigración, M. d. (2011). Plan Estratégico de Ciudadanía e Inmigración (2011 - 2014). Madrid, España: Dirección General de Integración de los Inmigrantes.
- Insua, B. d. (2019). La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 295-337.
- Larruga, F. J. (1999). Las competencias del estado, comunidades autónomas y corporaciones locales en materia sanitaria. *Lecciones de derecho sanitario*, 105-134.
- Lougarre, C. (2015). What does the right to health mean? The interpretation of article 11 of the european social charter by the european committee of social rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 326-354.
- Madurga, L. F. (2015). El concepto de los derechos fundamentales y las generaciones de derechos. *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud.*, 117-136.
- Manrique, R. G. (2010). Los derechos sociales como derechos subjetivos. *Derechos y Libertades*, 73-105.
- Marcos, A. M. (2016). El Derecho A La Salud Desde El Punto De Vista Ético-Jurídico. *IUS ET SCIENTIA*, 14-27.

- Martín, A. M. (2008). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA.
- Martínez, F. R. (2018). Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, 281-296.
- Montalvo, R. F. (2009). Dimensión del derecho a la protección a la salud. Su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional., (págs. 11-30). Santander.
- Muñoz, J. R.-A. (2015). Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 115-140.
- Navarro, J. A. (2020). La Asistencia Sanitaria y el derecho fundamental a la salud en la Unión Europea. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 313-341.
- Pacheco Rodríguez, M. (2017). Exigibilidad de los derechos sociales: algunas aportaciones desde la teoría del derecho. *Revista de la facultad de derecho*, 267-286.
- Palacios, F. P. (2015). Consideraciones éticas y jurídicas acerca de la exclusión de la población inmigrante del derecho a la protección de la salud. *Dilemata*, 103-133.
- Parlamento Europeo. (30 de Marzo de 2010). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*.
- Pérez, J. L. (2018). 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*, 25-49.
- Pisón, J. M. (2006). El derecho a la salud: un derecho social esencial. *Derechos y Libertades*, 129-156.
- Redondo, K. S. (2018). Artículo 43. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, & M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I* (págs. 1345-1359). Las Rozas: Fundación Wolters Kluwer.
- Rexach, A. M. (2003). El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas. *Derecho y Salud*, 15-36.
- Rkioua, A. A. (2011). El artículo 10.2 CE: Un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales. *Revista de los derechos sociales*, 126-140.
- Roca, G. E. (2008). Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud. *Revista de derecho político*, 113-148.
- Rodríguez Blázquez, M. (2004). Influencia de la política en los cuidados a inmigrantes y grupos desfavorecidos. *Cultura de los cuidados*, 41-46.
- Roig, F. J. (2010). Argumentos para una teoría de los derechos sociales. *Revista Derecho del Estado*, 45-64.
- Sanchís, L. P. (1995). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del centro de estudios constitucionales*, 9-57.

- Texier, P. (2002). Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los Sistemas Universales de Protección de los Derechos Humanos. *Sociedad Civil y Derechos Humanos*, 303-322.
- Torres, A. C. (2018). La asistencia sanitaria para los extranjeros y los inmigrantes irregulares en España. Su modelo y marco jurídico. *Revista Alma Mater*.
- Urbano, Á. L. (2008). Inmigración y sanidad: una relación de doble sentido. *Panorama Social*, 112-118.
- Vazquez, M., Terraza-Nuñez, R., S-Hernandez, S., Vargas, I., Bosch, L., González, A., López, L. A. (2013). Are migrant's health policies aimed at improving access to quality healthcare? An analysis of Spanish policies. *Health Policy*, 236-246.
- Velasco, M. F. (2012). El arduo camino hacia la universalidad de la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares en España. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 343-369.
- Vierdag, E. (1978). The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Netherlands Yearbook of International Law*, 69-105.
- Zamora, L. J. (2018). Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al sistema nacional de salud. *Gabilex*, 15-62.