

REVISTA DE ESTUDIOS FRONTERIZOS DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR

REFEG (NUEVA ÉPOCA)

ISSN: 1698-1006

GRUPO SEJ-058 PAIDI

DEL AMPARO AL DERECHO: APUNTES SOBRE LA HISTORIA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

MERCEDES CAMPS HERRERO

Título de Experto en Derecho de Extranjería y de la Cooperación al Desarrollo
Servicios Parroquiales de los Archivos Diocesanos de Valencia
elenanoamarillo@gmail.com

REFEG 4/2016

ISSN: 1698-1006

GRUPO DE INVESTIGACION SEJ-058
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIALES Y MIGRATORIAS DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR

MERCEDES CAMPS HERRERO

Título de Experto en Derecho de Extranjería y de la Cooperación al Desarrollo
Servicios Parroquiales de los Archivos Diocesanos de Valencia
elenanoamarillo@gmail.com

DEL AMPARO AL DERECHO: APUNTES SOBRE LA HISTORIA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

SUMARIO: I. ANTECEDENTES. II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA SALUD. III. LAS PRESTACIONES A LA SALUD EN EL SISTEMA COMPETENCIA: EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. PARTICULAR REFERENCIA AL SISTEMA VALENCIANO DE SALUD. IV. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS: RÉGIMEN JURÍDICO Y JURISPRUDENCIA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

1

RESUMEN. La protección social a las personas desfavorecidas ha recibido diferentes nombres a lo largo de la historia española que han reflejado la concepción predominante en la sociedad: caridad, beneficencia, seguros sociales, asistencia social, previsión social, seguridad social, servicios sociales o solidaridad. Llegada la Transición en España se alcanzó un pacto social que hizo posible el establecimiento de mecanismos de redistribución de la riqueza que conllevaron el desarrollo de un mínimo estado de bienestar en nuestro país. A través del Gobierno central y de las Comunidades Autónomas (CC.AA.) se consolidó un sistema público de servicios sociales para apoyar el principio de la sociedad inclusiva que facilitaba a los más desfavorecidos el derecho a ejercer una ciudadanía plena. Sin embargo, las políticas neoliberales, la globalización y la crisis han socavado la frágil construcción de los servicios sociales; de la redistribución se está pasando al socorro, mientras que determinados servicios generales están siendo objeto de privatización. El abandono por parte del Estado de sus funciones sociales y la asunción de protagonismo por parte del tercer sector parecen retrotraernos a los oscuros tiempos de la caridad y la limosna donde la igualdad jurídica real ha dejado de existir.

PALABRAS CLAVES: PROTECCIÓN SOCIAL, HISTORIA, SEGUROS SOCIALES, BENEFICENCIA, ESTADO DEL BIENESTAR.

I. ANTECEDENTES

Los antecedentes de la previsión social se relacionan con los gremios medievales que, además de regular las cuestiones profesionales del trabajo, amparaban al trabajador¹. En caso de infortunio atendía al enfermo y a sus familiares un médico, cuya retribución se basaba en un sistema capitativo, independiente del estado de salud y según el número de miembros del gremio, con carácter de “todos por igual”, de ahí el término de *igualada* que ha perdurado hasta la actualidad. El sistema de igualadas tuvo extenso alcance en España y contribuyó al desarrollo de mutuas y cajas de enfermedades basadas en la contribución mediante cuotas de empresarios y trabajadores².

Con la llegada de las ideologías liberales en el s. XVIII se suprimió el régimen gremial para rechazar la intermediación entre el individuo y el Estado y así decretar la plena libertad del ejercicio de las industrias. El trabajador quedó abandonado a su suerte, sin resguardo frente a riesgos sociales, y sometido a la voluntad del patrono. La situación social de pobreza de las clases obreras dio lugar a los movimientos asociacionistas de base socialista, comunista y anarquista. Hasta principios del s. XX no aparecerían sistemas de protección frente a los riesgos sociales más allá del ahorro individual, la solidaridad familiar o la beneficencia³.

¹ MATA, Anna y PALLARÉS, Joan “*De los derechos sociales a la caridad: Crónica de un retroceso anunciado*”, Universidad de Lleida, IV Congreso REPS 2016, Universidad de Alcalá

²Antecedentes históricos del Sistema Sanitario Español, CEF, 2016 <http://www.gestion-sanitaria.com/2-sistema-sanitario-espanol.html>

³ QUINTERO LIMA, María Gema, “La Seguridad Social en España, evolución histórica”, Universidad Carlos III en Madrid, 2004, pág. 1

Según Luis Moreno Fernández y Sebastià Sarasa Urdiola, la convulsa situación de los ámbitos social y político durante el s. XIX convirtió a la Iglesia católica en la primera y, en ciertos casos, única institución que proveía servicios de asistencia, beneficencia, y educación a enfermos, pobres y ancianos. El tradicional abandono por parte del Estado de los deberes de asistencia a los sectores más necesitados de la sociedad por supuesto facilitó enormemente el papel de la iglesia en la intervención social, más destacado que en otras naciones europeas. el proceso desamortizador a lo largo de los s. XVIII y XIX trajo la crisis tanto a centros de beneficencia como a hospitales, situación agravada a su vez por la invasión de Napoleón.

Llegada la Desamortización de Mendizábal de 1836 y, dado el extendido sentimiento laico y anticlerical en clases populares y medias, la Iglesia vio menguar su poder político y social⁴.

La Constitución de 1812 reclama por primera vez que el Estado y los organismos públicos asuman y controlen la asistencia social y la beneficencia. El Tribunal del Protomedicato, institución original de Castilla, aparece como único tribunal de salud, ejemplo este último de la lucha sobre la naturaleza técnica o política de los órganos directivos sanitarios. Un fallido proyecto de 1821 propuso unir las ramas de la sanidad y la beneficencia. En 1822 se aprueba la Ley General de Beneficencia determinada por la municipalización de la beneficencia, la reforma hospitalaria, la atención domiciliaria, el principio presupuestario de caja única y la creación de casas de maternidad y hospitales

⁴ MORENO FERNÁNDEZ, Luis y SARASA URDIOLA, Sebastià, “Génesis y desarrollo del estado del bienestar en España”, *Documentos de trabajo* (CSIC, Unidad de Políticas Comparadas), nº 13, 1992, pág. 2

para locos y convalecientes. Los Ayuntamientos quedan a cargo de los hospitales, hospicios y demás establecimientos de beneficencia cuya supervisión recae en las Diputaciones provinciales, vía de comunicación con el Ministerio de la Gobernación. Por aquel entonces estaba avanzado un proyecto de ley de Código de Sanidad Pública que no llegará a ser aprobado, según Lourdes Farrerons Noguera, por los difíciles equilibrios entre libertades individuales y acción pública y la tensión entre centralización y descentralización⁵.

La tendencia centralizadora resulta predominante y en 1847 un Real Decreto supone la integración en la estructura ministerial de las competencias de órganos consultivos y el refuerzo de aquellos ejecutivos, presidentes de las diferentes Juntas. En 1849 se promulga la Ley de Beneficencia en busca de la armonización de los niveles competenciales de Estado, provincia y municipio. Los alcaldes mantienen las funciones asistenciales y están sometidos al control del Gobierno como delegados subordinados al Gobernador Civil⁶.

Una nueva Ley Orgánica de Sanidad promulgada en 1855 parte del principio de la atención de la Administración pública a los problemas sanitarios de la colectividad con un carácter principalmente preventivo. La función asistencial y a la atención a los problemas sanitarios individuales quedan en

manos de los ayuntamientos, con el acuerdo de la Diputación provincial. Una memoria presentada en 1860 por Concepción Arenal pinta una imagen desoladora “el estado de nuestra beneficencia es deplorable (...) Los medios de la sociedad antigua no existen, los de la nueva no están organizados, y la humanidad doliente y desvalida sufre cruelmente de este fatal interregno”⁷. Como apunta Myriam Fernández Herrero, la cuestión de la pobreza llega a la agenda política pero poco tienen que ver socialismo y pauperismo. En la segunda mitad del s. XX la cuestión social se resuelve con el intervencionismo público directo y el paso de la beneficencia a los seguros sociales. Los centros anacrónicos como los hospicios empiezan a desaparecer para dejar paso a los hospitales especializados y crónicos, como ejemplo del intervencionismo moderado⁸.

En 1883 el gobierno conservador alcanzó con otras fuerzas un pacto de estado para crear el germen de la protección social del trabajador, la Comisión de Reformas Sociales (CRS), formada por intelectuales de clase media, miembros de profesiones liberales e incluso cooperativas de trabajadores. Campesinos, patronos y obreros se enfrentaron a los defensores de la reforma. Los movimientos obreros centraron su lucha en la mejora de las condiciones de trabajo, frente a la defensa por parte de los intelectuales del protagonismo estatal en la asistencia social. Eran mayormente krausistas o católicos sociales que, a pesar de discrepar sobre cuestiones como el rol de la Iglesia católica, alcanzaron un acuerdo sobre el papel de las corporaciones sociales y la necesidad de poner en marcha, bajo el impulso estatal, un sistema de previsión privado y voluntario.

⁵FARRERONS NOGUERA, Lourdes, “Historia del sistema sanitario español: Debates parlamentarios, 1812-1986”, Ediciones Díaz de Santos, ISBN 9788-499698786, 2013, págs. 1-19

⁶ FERNÁNDEZ HERRERO, Myriam “Proceso de convivencia y sustitución de las instituciones eclesíásticas por las civiles en la acción social del Estado liberal”, Reis, Revista española de investigaciones sociológicas, ISSN 0210-5233, nº 18, 2007, págs. 46-47

⁷ Cfr. FARRERONS N., Lourdes, “Historia ...”, op. cit. nota 4, págs. 58-74

⁸ Cfr. FERNÁNDEZ H., Myriam “Proceso de ...”, op. cit. nota 5, págs. 51-52

Fruto del trabajo de la CRS fue la creación en 1903 del Instituto de Reformas Sociales que cinco años más tarde propondría el Instituto Nacional de Previsión Social (INP), y entre sus objetivos estaba la construcción de un sistema voluntario de seguros de vejez y accidentes⁹. Un Real Decreto de 1910 declaró seguros propios del INP los de enfermedad, maternidad, accidentes e invalidez con aplicación a toda clase trabajadora, funcionaria y profesional.

En 1900 se promulga la primera Ley de accidentes de trabajo que configura como social el riesgo de accidente de trabajo con la responsabilidad objetiva, que no culposa, del empresario. La protección fue limitada pues afectaba únicamente a ciertos sectores productivos y tuvo carácter voluntario, que pasó a ser obligatorio con la Ley de accidentes de trabajo de 1932.

La situación económica, en especial la crisis de 1917, trajo el proyecto de crear un sistema de seguros obligatorio que cubriese enfermedad, desempleo, jubilación y maternidad, con la oposición de la Iglesia, y otros sectores sociales como empresarios y colegios de médicos. A partir de 1919 se puede hablar de la España de seguros sociales pues se abandona el anterior aseguramiento social-vejez apoyado en el principio de la voluntariedad para aprobar, mediante un Real Decreto, el Retiro Obrero Obligatorio (ROO) que cubriría toda la población asalariada de edades comprendidas entre dieciséis y sesenta cinco años cuyos ingresos no superaran las 4 000 pta. En un primer lugar contribuía el Estado y los patronos y solo posteriormente, los obreros mediante ingresos en una libreta de ahorro individual que, sobre la base de un sistema de capitalización primitivo, devengaría una pensión vitalicia

⁹ Cfr. MORENO F., Luis y SARASA U., Sebastià, “Génesis...”, op. cit., nota 3, págs. 4-7

de 365 pta. En cumplimiento del Convenio sobre Maternidad de Washington de 1919 se introdujo cuatro años más tarde el seguro de maternidad, que fue objeto de reforma en la Dictadura de Primo de Rivera, para en la II República ser convertido en obligatorio y vinculado al Retiro Obrero Obligatorio. Las familias numerosas también fueron objeto de protección social desde 1926¹⁰.

Con la llegada de la Dictadura de Primo de Rivera fue apartado el plan de seguros obligatorio y, proclamada la Segunda República, se retomó, aunque ya no incluía el desempleo. La Constitución de 1931 elevó a rango constitucional el llamado derecho a la Seguridad Social pues, según su art. 46, la “legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte”. Así, se llevaron adelante diversas reformas relevantes en el ámbito de la asistencia social que en parte siguieron las pautas del modelo alemán, distanciándose de los propios de los países escandinavos y británico. Las razones, según Luis Moreno y Sebastià Sarasa, se encuentran en la debilidad de las clases medias, la división del movimiento obrero y las luchas, entre religiosos y anticlericales de un lado, y entre nacionalismos y el Estado central, de otro¹¹.

Según Alexander Elu Terán, las características internas de las pensiones de vejez antes de la Guerra Civil impidieron garantizar la inmediata protección social y la construcción de un sistema plausible a largo plazo, a pesar de ello el ROO alcanzó logros

¹⁰ Cfr. QUINTERO L., María Gema, “La Seguridad...”, op. cit. nota 2, págs. 2-3

¹¹ Cfr. MORENO F., Luis y SARASA U., Sebastià, “Génesis...”, op. cit., nota 3, págs. 7-8

fundamentales¹². En 1939, ya en la dictadura franquista, fue transformado en subsidio de vejez con un sistema de pensiones fijas (tres pesetas/día) para configurarse en 1955 como seguro de vejez, invalidez y muerte. Siempre bajo los auspicios del INP se establece en 1942 el Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE), un sistema de cobertura de riesgos sanitarios de la población trabajadora garantizado mediante una cuota que aportaba mayormente el trabajador.

Más allá de la medicina preventiva o la sanidad ambiental, el SOE cubría la atención sanitaria (ambulatoria y hospitalaria) y la indemnización económica por pérdida de salarios debida a enfermedad de los trabajadores. Protegía también limitadamente a cónyuges, ascendientes y descendientes - aunque en 1950 aún no había alcanzado al 30% de la población - y se equipara a los súbditos hispanoamericanos, portugueses y andorranos con los españoles. La asistencia médica ambulatoria de primer nivel estaba a cargo de los médicos generales de cupo, con la asistencia de enfermeras mientras que el segundo nivel, de especialistas ambulatorios, no iba demasiado lejos aunque constituía un paso obligado para la asistencia hospitalaria, en alta apreciación aunque deshumanizada. Los servicios de beneficencia, dependientes de los ayuntamientos, atendían a las personas sin Seguridad Social¹³.

¹² ELU TERÁN, Alexander, “Las primeras pensiones públicas de vejez en España. Un estudio del Retiro Obrero, 1909-1936”, Instituto Europeo de Florencia, *Revista de historia industrial*, ISSN 1132-7200, nº 32, 2006, págs. 33-67

¹³ DURO MARTÍNEZ, Juan Carlos “Discursos médicos y políticos sobre la salud comunitaria durante la transición democrática española”, Universidad Complutense de Madrid, *Praxis sociológica*, ISSN 1575-0817, nº 18, 2014, págs. 36-38

La Ley de Bases de la Sanidad de 1944 recogía en su exposición de motivos que “la ordenación jurídica de los servicios sanitarios nacionales adolece en la actualidad de tantas y tales deficiencias que su corrección aparece con carácter de medida necesaria”. Otro desafío al que se enfrentaba era adecuar la distribución de los servicios dada la preferencia de atenciones urbanas frente a rurales. Por su parte, el Fuero de los Españoles de 1945 garantizaba a los trabajadores, que no a la ciudadanía, la seguridad de amparo en el infortunio y les reconocía el derecho a la asistencia en los casos de vejez, muerte, enfermedad, maternidad, accidentes de trabajo, invalidez, paro forzoso y otros riesgos que puedan ser objeto de seguro social. El régimen franquista se encontró un sistema de previsión social anclado en el siglo anterior en el que no había coordinación entre los seguros, las contingencias de vejez, accidente laboral y maternidad estaban atendidas por seguros obligatorios de limitada cobertura y seguía sin existir el seguro de enfermedad¹⁴.

La insuficiencia de los seguros sociales determinó el crecimiento de formas complementarias de protección social, sistema que culminó con la aprobación del Reglamento General de Mutualismo Laboral en 1954. Con prestaciones de carácter reglado, cotizaban tanto empresarios como trabajadores aunque dada la multiplicidad de entidades, el sistema conducía a discriminaciones entre la población laboral y dificultaba una gestión eficaz¹⁵.

¹⁴ Cfr. FARRERONS N., Lourdes, “Historia...”, op. cit. nota 4, págs. 103-108

¹⁵ Aula de la Seguridad Social, área de profesores, Ministerio de Empleo y de Seguridad Social http://www.seg-social.es/Internet_1/PortalEducativo/Profesores/Unidad1/Antecedentesysmodeloactual/Etapadedefinicion/index.htm

En 1963 se publicó la Ley de Bases de la Seguridad Social cuyo objetivo principal era la implantación de un modelo unitario e integrado de protección social, gestión pública y participación del Estado en su financiación. Partía de la cobertura a los trabajadores por cuenta ajena aunque no de forma igualitaria ni tampoco por todos los riesgos en su totalidad. Además existía una disociación entre los salarios reales y los de cotización que determinaba la insuficiencia de la prestación y la pluralidad de regímenes conllevaba la pluralidad de entidades gestoras. El texto articulado de la Ley de Bases o Ley de la Seguridad Social (LSS) de 1966 comenzó a tener efectos el 1 de enero de 1967 y entre sus principios estaban la tendencia hacia la universalidad, igualdad, uniformidad relativa y realidad de las prestaciones, eficacia y economía. Con la LSS de 1966 la universalización de la protección no es económicamente viable pero sí se aumenta la base de la protección para ir más allá del trabajador por cuenta ajena¹⁶.

Previo a la etapa constitucional, el sistema sanitario español pivota entre el esquema de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944 y las demandas y necesidades características de los nuevos tiempos. Ya en 1937, la antigua Unión Soviética había establecido como función del Estado el cuidado de la salud de toda la población, a la que siguió Nueva Zelanda el año siguiente. Por su parte, el Reino Unido creó en 1948 el Sistema Nacional de Salud (NHS, por sus siglas en inglés) con una triple función: prevenir, curar y rehabilitar mientras que los riesgos sanitarios son asumidos por el Estado. Alemania promueve un modelo en torno a las cajas de aseguramiento obligatorio, financiadas por las cuotas de los trabajadores donde el Estado permanece mayormente al margen. La

realidad española estaba determinada por la coexistencia de varios sistemas (beneficencia, seguridad social y sanidad, en la acepción de salud pública); una gestión predominantemente centralizada con las decisiones del Estado, y la asunción de las cargas financieras por ayuntamientos y Diputaciones provinciales¹⁷.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO A LA SALUD

La Constitución Española (CE) es aprobada por referéndum el 6 de diciembre de 1978 y promulgada el día 27 del mismo mes. Su art. 41 establece que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes, que serán libres, ante situaciones de necesidad. El art. 43 reconoce el derecho a la protección de la salud y su apartado segundo dispone que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y prestaciones y servicios necesarios. El art. 50 dispone que “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

Se trata de principios rectores de la política social y económica, son derechos ubicados en el Título I, Capítulo III y, a diferencia de los contemplados en el Capítulo II, Sección I, no gozan de mecanismos de protección reforzada, es decir, procedimiento de tutela ante tribunales ordinarios basados en

¹⁶ Cfr. QUINTERO L., María Gema, “La Seguridad...”, op. cit. nota 2, págs. 7-10

¹⁷ Cfr. FARRERONS N., Lourdes, “Historia...”, op. cit. nota 4, págs. 118-119

principios de preferencia y sumaria y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (TC). Se puede afirmar que el sistema de protección social es la Seguridad Social y en paralelo hay un sistema de servicios sociales no contributivo para todos los ciudadanos.

La asistencia social estaría integrada estrictamente por las prestaciones que otorgan las Administraciones Públicas para garantizar unos ingresos mínimos y unos servicios de carácter fundamental a aquellas personas que se encuentran en una situación personal de necesidad vinculada a la carencia de recursos económicos. El concepto de asistencia social de forma más amplia incluiría también las ayudas o ventajas que implican una compensación de circunstancias específicas como la asistencia a personas con discapacidad, las personas mayores, las familias numerosas o las víctimas de determinados delitos, entre otras¹⁸.

Según Juan María Pemán Gavín, el derecho constitucional a la protección de la salud se articula a través de un amplio conjunto de derechos subjetivos exigibles, reconocidos por la legislación ordinaria: el derecho a la asistencia sanitaria pública que incluye las prestaciones de carácter preventivo, curativo o rehabilitador; los derechos de carácter complementario como la documentación clínica, aquellos relacionados con la libertad del paciente, las condiciones de lugar y tiempo de prestación de la asistencia o la protección frente a los riesgos sanitarios¹⁹.

¹⁸ PEMÁN GAVÍN, Juan María “*La Asistencia Social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general*”, Documentación administrativa, n° 271-272, 2005, págs. 43-44

¹⁹ PEMÁN GAVÍN, Juan María “*Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud*”, DS: Derecho y salud, ISSN 1133-7400, 2008, vol. 16, págs. 60-62

La CE establece un nuevo modelo de protección mediante servicios sociales públicos cuyo objetivo iba más allá de superar las situaciones de pobreza de los trabajadores para intentar proveer a la sociedad de mecanismos de redistribución de la riqueza. Atrás queda la beneficencia, considerada como actuaciones graciables y discrecionales, cuyo origen se encuentra en la voluntad del sujeto benefactor, que persigue la mera subsistencia mediante concesiones al beneficiario que no constituyen ningún derecho subjetivo. También se deja de lado la asistencia social, la acción social dirigida a toda persona en situación económicamente débil que se basa en el principio de subsidiaridad respecto de la Seguridad Social y no es discrecional respecto a las concesiones de las prestaciones y, por lo tanto, no ampara el derecho del beneficiario a exigir. Ahora, los servicios sociales son servicios públicos caracterizados por la universalidad, al estar dirigidos a toda la ciudadanía; por el objetivo de bienestar y desarrollo con un casi ilimitado abanico de servicios; y por la ampliación de los niveles de intervención, individual, grupal o comunitario, convertidos en instrumentos de adaptación e integración²⁰. El avance que supuso pasar de la previsión para los trabajadores a una para la ciudadanía determina la configuración del llamado “Estado del Bienestar”.

Ahora bien, la bonanza económica tras la Transición no ha sido usada en grado suficiente para mitigar las desigualdades sociales o mejorar los indicadores de calidad de vida. En los últimos 10 años España ha atravesado una profunda reestructuración de aquel Estado del bienestar. El pacto social de los años 70-80 ha quedado apartado y en su lugar en este país empobrecido se está pro-

²⁰ CERDEIRA GUTIÉRREZ, Isabel, “*Los servicios sociales del franquismo a la Constitución*”, Cuadernos de trabajo social, ISSN 0214-0314, n° 0, 1987, págs. 136, 140-150

duciendo un deslizamiento de las formas de redistribución y la desprotección de los colectivos vulnerables que ya no están cubiertos por las prestaciones de los servicios sociales públicos. El Estado está dejando en manos de la buena voluntad y el socorro la respuesta a los gravísimos problemas sociales en aumento. Mientras los propios afectados buscan respuestas individuales, incluso sumergidas, a su situación, el tercer sector, que ha alcanzado una extensa presencia en el tejido social español, no deja de aumentar su protagonismo en la atención a los más necesitados. El paso de súbditos a ciudadanos corre el riesgo de hacer el camino inverso para abandonar la protección social, un derecho público, y pasar a la beneficencia, una prestación privada y graciable²¹.

III. LAS PRESTACIONES A LA SALUD EN EL SISTEMA COMPETENCIA: EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. PARTICULAR REFERENCIA AL SISTEMA VALENCIANO DE SALUD.

El derecho a la protección de la salud se contempla en el art. 43 de la CE, Título I, Capítulo III, titulado “De los principios rectores de la política social y económica”, que impone a los poderes públicos el deber de organizar y tutelar la salud pública a través de prestaciones y servicios necesarios y medidas preventivas. La sanidad es una materia contemplada en el art. 149 CE que recoge las competencias exclusivas del Estado en su vertiente de: sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación de los productos farmacéuticos, mientras que el art. 148 CE incluye a la sanidad e

higiene como materias susceptibles de asunción competencial por parte de las CC.AA.

En el ámbito de la Comunitat Valenciana (CV), el art. 49.1.11^a de su Estatuto de Autonomía, aprobado por LO 5/1982, reconoce la competencia exclusiva de la Generalitat - el conjunto de las instituciones de autogobierno de la CV- en materia de higiene y el art. 54.1 y 2, respecto de la organización, administración y gestión de todas las instituciones sanitarias públicas dentro del su territorio; la ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos y el desarrollo y ejecución de la legislación básica estatal en materia de Seguridad Social, además del art. 54.3 que contempla la organización y administración para tales finalidades de los servicios en dichas materias y la tutela de instituciones y funciones en el ámbito de sanidad y seguridad social.

Respecto al cuerpo legislativo en materia de Sanidad de la CV, la Ley 3/2003 de Ordenación Sanitaria estableció la organización de los servicios sanitarios; la actuaciones en materia de vigilancia, planificación, prevención y protección de la salud se regularon por la Ley 4/2005 de Salud Pública de la Comunitat Valenciana.; mientras que la Ley 1/2003 de Derechos e Información al Paciente de la Comunitat Valenciana contempla los derechos y obligaciones de los pacientes. Un lugar destacado lo ocupa la Ley 10/2014 de Salud de la Comunitat Valenciana que regula en una misma norma la ordenación, la asistencia sanitaria y la salud pública.

La descentralización sanitaria supuso el traspaso de competencias del servicio público sanitario a las comunidades autónomas, salvo Ceuta y Melilla, a la par que una nueva distribución de ingresos públicos entre las diferentes administraciones públicas. De acuerdo con la CE, España se organiza territorialmente en municipios, provincias y co-

²¹ MATA, Anna y PALLARÉS, Joan “*Del bienestar a la caridad. ¿Un viaje sin retorno?*”, Universidad de Lleida, Aposta, Revista de Ciencias Sociales, ISSN 1696-7348. n° 6, 2014, págs. 7-9

munidades autónomas y todos gozan de autonomía para la gestión de sus intereses respectivos y a la par se declara la solidaridad interterritorial y la progresividad del sistema fiscal. Los servicios públicos fundamentales - sanidad, educación y protección social - representan alrededor del 60% del gasto público en España.

Desde 2002 las CC.AA. gestionan prácticamente todo el gasto en sanidad y la mayor parte de los servicios sociales. Según datos de 2012, en nuestro país el 92,35% del gasto en sanidad corre a cargo de las CC.AA. mientras que el Estado central asume el 3,92%, la Administración local, el 1,37% y el restante 2,37 % queda a cargo de la Seguridad Social. Sirva como punto de comparación Alemania, donde la Seguridad Social asume el 93,25% del gasto en sanidad mientras los *Länder* costean el 3,01%. Ahora bien, en los estados cuasifederales como el nuestro son comunes las diferencias en servicios públicos entre los diferentes territorios, diferencias que varios autores remiten a tiempos anteriores a la descentralización. En 2013 el País Vasco tenía el mayor nivel de gasto per capita en salud, un 25,6% por encima de la media española, frente a las regiones con menor gasto como Andalucía, un 11,2% menor; Illes Balears, un 5,1% menor, o la Comunitat Valenciana que presentaba un gasto del 3,4% inferior a la media²².

La cuestión de la coexistencia de territorios con déficit fiscal y otros con superávit ha sido objeto de extensos estudios. El resultado lógico de la unión de progresividad fiscal y solidaridad interterritorial sería una situación donde cuánto mayor sea la renta

relativa, mayor será el déficit fiscal, mientras que rentas inferiores conducirán a superávits fiscales.

Sin embargo, según Cucarella Torró, los datos de la balanza fiscal y el Producto Interior Bruto (PIB) de 2011 muestran una enorme diferencia interterritorial puesto que la CA con mayor renta per capita, el País Vasco, con 30.511€ por habitante prácticamente duplica la menor, Extremadura, con 15.669€ por habitante. Las peculiaridades del actual sistema fiscal entre otros supone un agravio comparativo dada la financiación de las comunidades forales que supera en un 60% la media de las comunidades de régimen común. Nefasta también es la balanza fiscal valenciana que con una renta per capita de 19.890€, un 12,3% inferior a la media estatal, no recibe el consecuente superávit de 5-10% de su PIB sino que sufre un claro déficit fiscal y aporta 2.000 millones € para financiar a otras comunidades más ricas.

Entre las razones de la crisis del modelo de financiación actual se encuentra: la falta de equidad actual, aún con la población ajustada y las competencias homogéneas, con diferencias de hasta el 25% entre comunidades de régimen común; las decisiones políticas que están detrás de la determinación del volumen de recursos destinados a la financiación autonómica y los criterios de distribución; el desequilibrio entre la distribución de los ingresos entre la Administración central y las CCAA, y el incumplimiento de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales, art. 158 CE, que en territorios como el valenciano no garantiza la suficiencia de los gastos que comporta la sanidad o la educación²³.

²² PÉREZ GARCÍA, Francisco, CUCARELLA TORMO, Vicent y HERNÁNDEZ LAHIGUERA, Laura, “*Servicios públicos, diferencias territoriales e igualdad e oportunidades*”, Fundación BBVA, págs. 53 y 78-89.

²³ CUCARELLA TORRÓ, Vicent, “*El finançament valencià, de la submissió al canvi necessari?*”, Edicions Bromera, ISBN: 978-84-9026-323-5, 2015, págs. 20-30.

IV. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS: RÉGIMEN JURÍDICO Y JURISPRUDENCIA

Han transcurrido cinco años ya de la entrada en vigor 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. Por primera vez, el modelo español de salud deja de apoyarse en la universalidad, uno de los principios esenciales junto a la financiación pública y la gratuidad de los servicios sanitarios, reflejados en la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Hasta el 1 de septiembre de 2012, el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España reconocía el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles a los extranjeros inscritos en el padrón del municipio donde tengan su domicilio habitual. En el supuesto de personas no empadronadas, tenían acceso a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente. Así, según la LO 4/2000, las personas inmigrantes en España tenían derecho al sistema sanitario público con independencia de su situación administrativa. La base del reconocimiento pleno era un sistema legal tendente a la universalidad, tanto en la cobertura del derecho como en la población titular de aquel y, más si cabe, desde el cambio introducido por la Ley General de Sanidad de 1986 pues la financiación de la asistencia ya no se realizaba mediante las cotizaciones sociales sino a través de los presupuestos generales del Estado.

La entrada en vigor del RD-L 16/2012 supuso un cambio drástico pues dejó de aplicarse el principio de universalidad para ser remplazado por un modelo de aseguramiento en virtud del cual los asegurados, los

que coticen por su trabajo, tendrán reconocido el derecho a la asistencia sanitaria, al igual que los beneficiarios dependientes de aquellos. Ello supuso la exclusión de varios grupos sociales, en especial de la población inmigrante en situación irregular pues solo se les reconoce la asistencia sanitaria de urgencia en caso de enfermedad grave o accidente hasta su total restablecimiento, a las embarazadas durante el embarazo, parto y postparto y únicamente a los menores se les sigue reconociendo el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que a los españoles. Con la conversión de paciente o ciudadano en asegurado y beneficiario el sistema público sanitario vuelve a los tiempos preconstitucionales de la asistencia a los asegurados por la Seguridad Social mientras que la beneficencia atendía al resto de la ciudadanía.

Dado el reparto competencial en vigor desde la CE de 1978, a las CC.AA. les corresponde el desarrollo y la aplicación de la normativa de carácter general dictada por el Estado. No todas las CC.AA. han respondido de igual forma a la restricción al acceso de los inmigrantes y así Madrid únicamente contempla los tres supuestos del RD-L 16/2012; Andalucía, Cataluña o Comunitat Valenciana permiten el acceso sin ningún requisito o bien exigen un período de tiempo de empadronamiento previo; mientras que otras como Galicia han introducido una tarjeta sanitaria para inmigrantes en situación irregular. Como indica un informe de la Red Acoge sin duda estamos ante una disparidad en la aplicación de la legislación, lo que supone una infracción al principio constitucional de igualdad ante la ley²⁴.

²⁴ RED ACOGE, “*Los efectos de la exclusión sanitaria en las personas inmigrantes más vulnerables*”, 2015, págs. 8

El Parlamento de Navarra interpuso en su día un recurso de inconstitucionalidad contra el RD-L 16/2012 que fue recientemente desestimado en su práctica totalidad, salvo en la exigencia de ingresos anuales para los españoles sin vínculo con la Seguridad Social. La sentencia llega a admitir que el RD-L 6/2012 constituye un giro en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita pero subraya que la universalidad no puede confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones, que el derecho a la asistencia sanitaria por parte de extranjeros puede ser limitado y que condicionantes económicos determinan la necesidad de asegurar la viabilidad del sistema. Diversas asociaciones de la sociedad civil como Amnistía internacional o Médicos del Mundo han manifestado su rechazo a la argumentación jurídica de la STC y se han alineado con los votos particulares que entre otros censuran que los derechos humanos no se interpreten conforme a los tratados internacionales firmados por España y que en su lugar el TC haya dado carta blanca a que se modelen en función de criterios económicos generales²⁵.

V. CONCLUSIONES

La Constitución de 1978 supuso la consagración de los derechos sociales junto a los políticos, aunque con la eficacia que establece el art. 53.3 CE, que remite a lo que determine el legislador. La universalización de la sanidad, la educación y las pensiones o el

consenso sobre nuevas realidades como la inmigración, la discapacidad o la dependencia son avances que la misma sociedad considera hoy en día irrenunciables²⁶. Sin embargo, su eficacia sigue estando limitada, el ejercicio de derechos se ve mermado y hay un retroceso claro en la protección de los derechos sociales.

Economistas denuncian que la mejora de la macroeconomía no ha permitido superar la degradación social provocada por las políticas económicas de los últimos años. Por su parte, filósofos lamentan la ausencia de valores morales y la desmoralización a la que hemos llegado los españoles y apuestan por la protección de los más vulnerables y la ejemplaridad²⁷. Frente a la actual involución de nuestro país es hora de impulsar un nuevo ciclo económico y social que, mediante políticas de redistribución y un crecimiento sostenible y equilibrado, lleve a la recuperación de la protección y cohesión social para dejar atrás la actual crisis económica y ética.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN BRACHO, Carmen “La política de asistencia social desde la Transición democrática”, *Revista de Estudios Políticos*, ISSN 0048-7694, nº 87, 1995, págs. 199-220 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27314>

²⁵http://www.tribunalconstitucional.es/es/sala_Prensa/Documents/NP_2016_075/2012-04123_STC.pdf; <http://www.actasanitaria.com/el-tribunal-constitucional-justifica-exclusiones-asistenciales-del-rdl-162012/> <http://www.redacoge.org/news/es/2016/08/08/0001/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-exclusion-sanitaria-ignora-los-tratados-de-derechos-humanos-firmados-por-espana>

²⁶ RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio, “*El Estado de Bienestar en una sociedad en crisis*”, Fundación Pilares, 2011, 15 págs.

²⁷<http://economistasfrentealacrisis.com/declaracion-de-efc-por-una-politica-economica-que-identifique-los-espacios-comunes-de-la-izquierda/>; http://elpais.com/elpais/2012/06/13/opinion/1339587064_162579.html; http://cultura.elpais.com/cultura/2012/05/23/actualidad/1337770648_010492.html

CERDEIRA GUTIÉRREZ, Isabel, “*Los servicios sociales del franquismo a la Constitución*”, *Cuadernos de trabajo social*, ISSN:0214-0314, n° 0, 1987, págs. 135-158, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=905494>

CUCARELLA TORRÓ, Vicent, “*El finançament valencià, de la submissió al canvi necessari*”, Edicions Bromera, ISBN: 978-84-9026-323-5, 2015, 169 págs.

DURO MARTÍNEZ, Juan Carlos “*Discursos médicos y políticos sobre la salud comunitaria durante la transición democrática española*”, Universidad Complutense de Madrid, *Praxis sociológica*, ISSN 1575-0817, n° 18, 2014, págs. 35-79 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4775921>

ELU TERÁN, Alexander, “*Las primeras pensiones públicas de vejez en España. Un estudio del Retiro Obrero, 1909-1936*”, Instituto Europeo de Florencia, *Revista de historia industrial*, ISSN 1132-7200, n° 32, 2006, págs. 33-67 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2262364>

FARRERONS NOGUERA, Lourdes, “*Historia del sistema sanitario español: Debates parlamentarios, 1812-1986*”, Ediciones Díaz de Santos, ISBN 9788-499698786, 2013, 252 págs. goo.gl/S3F51V

FERNÁNDEZ HERRERO, Myriam “*Proceso de convivencia y sustitución de las instituciones eclesíásticas por las civiles en la acción social del Estado liberal*”, Reis, *Revista española de investigaciones sociológicas*, ISSN 0210-5233, N° 118, 2007, págs. 27-64 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2317513>

HERRERA RODRÍGUEZ, Francisco, “*El debate sobre la calidad asistencia en la España del siglo XIX*”, *Cultura de los Cuidados*, 2006, n° 20, págs. 22-31 <https://rua.ua.es/dspa->

[ce/bitstream/10045/860/1/culturacuidados_20_3.pdf](https://bitstream/10045/860/1/culturacuidados_20_3.pdf)

Hojas divulgativas del Seguro de Enfermedad, Biblioteca Insalud, n° 630, 1946, http://bvingesa.msps.es/bvingesa/es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1001301&responsabilidad_civil=on

MATA, Anna y PALLARÉS, Joan “*De los derechos sociales a la caridad: Crónica de un retroceso anunciado*”, Universidad de Lleida, IV Congreso REPS 2016, Universidad de Alcalá http://www3.uah.es/congresoreps2013/Panels/panel7/sesion2/annamata@geosoc.udl.cat/TCMata_Pallares.pdf

MATA, Anna y PALLARÉS, Joan “*Del bienestar a la caridad. ¿Un viaje sin retorno?*”, Universidad de Lleida, Aposta, *Revista de Ciencias Sociales*, ISSN 1696-7348. n° 6, 2014 <http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/annamata.pdf>

MORENO FERNÁNDEZ, Luis y SARASA URDIOLA, Sebastià, “*Génesis y desarrollo del estado del bienestar en España*”, *Documentos de trabajo* (CSIC, Unidad de Políticas Comparadas), n° 13, 1992, 33 págs. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1367666>

PEMAN GAVÍN, Juan María “*La Asistencia Social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general*”, Documentación administrativa, n° 271-272, 2005, págs. 39-79 <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/148467>

PEMÁN GAVÍN, Juan María “*Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud*”, DS: Derecho y salud, ISSN 1133-7400, 2008, vol. 16, págs. 29-62 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2750022>

PÉREZ GARCÍA, Francisco, CUCARELLA TORMO, Vicent y HERNÁNDEZ

LA-HIGUERA, Laura, “*Servicios públicos, diferencias territoriales e igualdad e oportunidades*”, Fundación BBVA, ISBN-13: 978-84-92937-57-8, 2015, pág. <http://www.fbbva.es/TLFU/tlfu/esp/publicaciones/libros/fichalibro/index.jsp?codigo=796>

QUINTERO LIMA, María Gema, “*La Seguridad Social en España, evolución histórica*”, Universidad Carlos III en Madrid, 2004, págs. 2-3 <http://goo.gl/AEwqJq>

RED ACOGE, “*Los efectos de la exclusión sanitaria en las personas inmigrantes más vulnerables*”, 2015, 28 págs. http://www.redacoge.org/mm/file/2015/Jur%C3%ADdico/Informe%20Sanidad%20RED_ACOGE.pdf

RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio, “*El Estado de Bienestar en una sociedad en crisis*”, Fundación Pilares, 2011, 15 págs. http://www.fundacionpilares.org/docs/conferencia_cabrero_presentacion.pdf

ARTICULO SOMETIDO
A EVALUACIÓN POR PARES

ENVIADO: 30 de septiembre de 2016

ADMITIDO: 8 de diciembre de 2016