

PRESTACIONES SANITARIAS Y DE SEGURIDAD SOCIAL

HERMINIO LOSADA GONZÁLEZ

SUMARIO: — I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS: 1. El contexto europeo. 2. La posición del Tribunal Constitucional. — II. PRECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: 1. La situación preconstitucional. 2. La situación tras la Constitución. — III. LOS DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LA SALUD EN LA LOEx: 1. La protección social de los extranjeros en la LOEx. Criterios formales. 2. El derecho de los extranjeros a la protección de la Seguridad Social según la LOEx. 3. El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria según la LOEx.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS

1. El contexto europeo

En las políticas públicas de inmigración en el seno de la Unión Europea está presente la necesidad de conciliar la conveniencia de abrir el mercado laboral a la inmigración como vía para mantener el crecimiento económico y la viabilidad de los sistemas públicos de Seguridad Social de los Estados miembros, con una realista ordenación de los flujos migratorios que permita controlar la entrada de inmigrantes y asegure la plena integración social de los mismos, evitando que se creen situaciones de marginación y sus consabidas secuelas de rechazo y xenofobia. Así, en el Protocolo de Adhesión del Estado español al Convenio de Schengen se afirma que «la filosofía del Convenio consiste en que las materias de admisión, residencia y salida de extranjeros, los Estados de Schengen son tratados como si se tratase de un solo Estado», y así en el art. 10 se establece un visado uniforme válido para todos los Estados parte. A su vez, en las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999, en sesión especial sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea

(1), se afirma que «El Consejo Europeo está resuelto a que la Unión se convierta en un espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando las posibilidades que ofrece el Tratado de Amsterdam... La Unión Europea ya ha puesto a disposición de sus ciudadanos un espacio compartido de paz y prosperidad: un mercado único, una unión económica y monetaria y la capacidad para asumir retos políticos y económicos a escala internacional... No obstante, esta libertad no debería considerarse dominio exclusivo para muchos otros ciudadanos de todo el mundo... Por esta razón, la Unión ha de desarrollar políticas comunes en materia de asilo e inmigración, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de llevar a cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal y para luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos». «La Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia». «El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un periodo de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia».

Sin embargo, junto a estas declaraciones de intenciones, los textos normativos europeos recogen las limitaciones pertinentes, orientadas por un principio de rechazo a la inmigración ilegal o incontrolada. En esta línea, el art. 15.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) establece que esos nacionales de terceros países que estén «autorizados a trabajar» en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea tienen «derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión». La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de

(1) La exposición de motivos del Anteproyecto de ley de modificación de la Ley Orgánica 4/2000 aducía precisamente como justificación de la reforma la necesidad de conformar la normativa española con las conclusiones adoptadas por la reunión de la Presidencia del Consejo Europeo en Tampere los días 16 y 17 de octubre de 1999.

trato de la personas independientemente de su origen racial o étnico, hace en su art. 3.2 la salvedad de que su contenido no afecta «a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de que cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales y de los apátridas», regla que se reitera en el art. 3.2 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (2).

El caso español no es, pues, una excepción, sino un paradigma de estas políticas públicas en materia de inmigración en el ámbito europeo, toda vez que por razones geográficas, económicas y demográficas nuestro país se ha convertido en un polo de atracción para inmigrantes de diversos países (fundamentalmente del norte de África y de las repúblicas hispanoamericanas) sobre todo en la última década (3) y es en este contexto en el que ha de valorarse la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (en adelante LOEx). La LOEx es así una ley de inmigración y a la vez una ley que codifica el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros en España, desarrollando el art. 13.1 de la Constitución (CE): «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley», si bien, como señala GARCÍA MURCIA (4), el régimen jurídico de esos derechos no puede entenderse agotado con las previsiones de la LOEx, sino que ha de completarse con otras normas, señaladamente los instrumentos y tratados internacionales suscritos por España, a los que expresamente se remite el art. 3 LOEx.

(2) Otros instrumentos adoptados en el ámbito europeo confirman lo expuesto. Así, el Convenio Europeo de 1977 obliga en su art. 16 a los Estados parte a garantizar un tratamiento en cuanto a las condiciones de trabajo no menos favorable que a sus propios nacionales, «a los trabajadores migrantes autorizados a desempeñar un empleo» en ese Estado. La Carta Social Europea, en su art. 19.4, exige a los Estados parte que garanticen un trato igual y no discriminatorio en las condiciones básicas de trabajo a los trabajadores migrantes «que se encuentren legalmente dentro de su territorio».

(3) Aún en 1994 el entonces Director General de Migraciones consideraba que «el programa de la inmigración en España es todavía poco relevante» (Raimundo ARAGÓN BOMBÍN, *Escenarios de una década. Informe sobre la política migratoria en España*, en el vol. col. *Hablar y dejar hablar (sobre racismo y xenofobia)*, VV.AA., Madrid, ed. de la Universidad Autónoma de Madrid, 1994, p. 141).

(4) Joaquín GARCÍA MURCIA, *Derechos laborales y de protección social en la Ley de extranjería*, en *Tribuna Social*, n.º 133 (enero 2002), p. 23.

2. La posición del Tribunal Constitucional

Para la interpretación del contenido y alcance del art. 13.1 CE resulta obligado acudir a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, doctrina que recogería la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y más adelante completada y reiterada por las Sentencias 99/1985, de 30 de septiembre, 115/1987, de 7 de julio (5), 112/1991, de 20 de mayo, 94/1993, de 22 de marzo, 116/1993, de 29 de marzo, 242/1994, de 20 de julio, 24/2000, de 31 de enero y 95/2000, de 10 de abril.

El Tribunal Constitucional determina la posición jurídica de los extranjeros en España a partir de los arts. 10.1 (dignidad de la persona) y 13 CE, estableciendo en su conocida doctrina una triple clasificación de derechos, basada en último término en la distinción entre titularidad de los derechos y ejercicio de los mismos, por su conexión con la garantía de la dignidad humana:

1) De esta forma aparecen en primer lugar los derechos que corresponden por igual a los españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos. Así, «derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles» (STC 107/1984, FJ 3). A estos derechos han de añadirse el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho a la libertad personal y la seguridad (STC 115/1987, FJ 1).

2) En segundo lugar estarían los «derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen)» (STC 107/1984, FJ 3), con el alcance del art. 13.2 CE precisado por el Tribunal Constitucional en su Declaración de 1 de julio de 1992 (6); justamente en cumplimiento del criterio sentado por el Tribunal el art. 13.2 CE fue objeto de la reforma constitucional de 27 de agosto de 1992 (como recuerda la STC 94/1993, FJ 2). Es decir, se trata de los derechos políticos, referidos exclusivamente a los ciudadanos españoles (con la salvedad del derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales que pueda reconocerse por ley o Tratado, atendiendo a criterios de reciprocidad).

(5) La STC 115/1987, de 7 de julio estimó en parte el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 7/1985 por el Defensor del Pueblo.

(6) Como consecuencia de la redacción dada por el Tratado de la Unión Europea de 1992 al art. 8 B del Tratado de la Comunidad Europea, en el sentido de reconocer el derecho a ser electores y elegibles en los comicios municipales a los ciudadanos de la Unión Europea residentes en otro Estado miembro. Tras el Tratado de Amsterdam de 1997 este derecho se contiene el art. 19 del Tratado de la Comunidad Europea.

3) Finalmente, existen otros derechos «que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio» (STC 107/1984, FJ 3). Tal acontece, v.g., con la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado (art. 19 CE) y su concomitante derecho a residir dentro de ellas (SSTC 94/1993, FFJJ 2 y 3; 116/1993, FJ 2; 242/1994, FJ 4; y 24/2000, FJ 4). Asimismo habría que incluir en esta categoría los derechos de reunión y de asociación (STC 115/1987, FJ 3). También el derecho al trabajo (STC 107/1984, FJ 4), así como el derecho a la seguridad social (art. 41 CE) y, con las matizaciones que más adelante se dirán, el derecho a la salud (art. 43 CE). El legislador dispone de la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales respecto del ejercicio de estos derechos por los extranjeros, siempre que tales condicionamientos respeten las prescripciones constitucionales. Entre estos posibles condicionamientos legales puede estar el requisito de hallarse en situación legal en el territorio español, que es justamente el criterio de partida que utiliza la LOEx, basado en la distinción entre extranjeros que se encuentran legalmente en España y los que se hallan en situación de ilegalidad o clandestinidad. (7) Con mayor razón si se trata del ejercicio de derechos sociales de prestación, sujetos a las disponibilidades financieras del Estado y al necesario control administrativo del cumplimiento de los requisitos exigidos para su disfrute (8).

II. PRECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

1. La situación preconstitucional

Un examen comparativo de las legislaciones de Seguridad Social y de las normas internacionales de Seguridad Social muestra, como advierten

(7) Un buen ejemplo de la disparidad de pareceres en la doctrina acerca de la constitucionalidad del requisito de la residencia legal del extranjero para el ejercicio de los derechos no incluidos en el primer grupo de la clasificación del Tribunal Constitucional es: Manuel ARACÓN REYES, José ASENSI SABATER, Paloma BIGLINO CAMPOS, Marc CARRILLO LÓPEZ y Alberto PÉREZ CALVO, *Encuesta sobre la Ley de Extranjería y la Constitución*, en «Teoría y Realidad Constitucional», nº 7 (2001), pp. 7 ss. En el mismo núm. de esta última, FRANCISCO FERNÁNDEZ SALGADO, *El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España. Reflexiones en torno a la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre*, pp. 65 ss.

(8) Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, «el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél» (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17. y 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3, entre otras muchas).

ALONSO OLEA Y TORTUERO (9) que «las normas de seguridad social están presididas por el juego concurrente de los principios de territorialidad (se aplican las del Estado en que se prestan o han prestado los servicios) y de igualdad de trato (tales normas se aplican al extranjero en las mismas condiciones que al nacional). Sin embargo, estos principios pueden ser restringidos por el de reciprocidad (se conceden los beneficios al extranjero si el país del que es nacional los concede al nacional del país cuya legislación se trata de aplicar) (10) y suelen estar ampliados por el de adquisición y mantenimiento de derechos (cada Estado tiene en cuenta los servicios prestados en los demás, si se ha trabajado en varios), unido al de *pro rata temporis* (la carga de las prestaciones se distribuye entre los varios Estados en proporción al tiempo trabajado en cada uno de ellos)».

Ciertamente, este esquema, en líneas generales, es el que viene caracterizando al ordenamiento jurídico español sobre seguridad social en cuanto a la protección del trabajador extranjero prácticamente desde sus orígenes. Así, durante la etapa de la previsión social (seguros sociales obligatorios) (11), previa a la instauración del Sistema de Seguridad Social por la Ley de Seguridad Social de 1966, los principios inspiradores de la legislación española en cuanto a la protección social del inmigrante eran los de equiparación absoluta con los españoles de los trabajadores nacionales de Estados iberoamericanos y de Portugal y de reciprocidad respecto del resto de trabajado-

(9) Manuel ALONSO OLEA y José Luis TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Ed. Civitas, 16ª ed., 1998, p. 367.

(10) Así lo impone el Convenio nº 157 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 21 de junio de 1982, sobre establecimiento de un sistema internacional para la conservación de derechos en materia de Seguridad Social, ratificado por España el 16 de julio de 1985 (BOE de 12 de noviembre de 1985).

(11) Incluso con anterioridad, en la época del denominado «régimen de libertad subsidiada», los Estatutos del Instituto Nacional de Previsión (INP), aprobados por Reales Decretos de 24 de diciembre de 1908 y 26 de enero de 1909, contemplaban la facultad de contratar rentas o pensiones de retiro (seguro voluntario) con el INP los extranjeros residentes en España, varones y mayores de edad (arts. 99 y 100). Establecido el régimen de retiro obrero obligatorio por Real Decreto de 21 de enero de 1921 (con el que da comienzo la etapa de los seguros sociales obligatorios), el Acuerdo del Consejo de Patronato del INP de 9 de marzo de 1924 estableció la inclusión en este seguro obligatorio de vejez de los trabajadores extranjeros que reuniesen las condiciones de los españoles (tener más de 16 años de edad y menos de 65 y cobrar un salario anual total no superior a 4.000 ptas., art. 1) y cumpliesen los requisitos de domiciliar al afiliarse su contrato en el INP o en la Caja colaboradora donde se hiciesen los ingresos de las cuotas para la pensión (es decir, se prohibía la «exportación» de pensiones) y someterse al fuero de los Tribunales españoles para cualquier reclamación relacionada con el seguro. Además se establecían bonificaciones para los trabajadores extranjeros con más de diez años de residencia en España y que fuesen nacionales de un Estado que reconociera análogo beneficio a los trabajadores españoles (principio de reciprocidad), circunstancia que se presumía de Portugal y las Repúblicas hispanoamericanas.

res inmigrantes, con la especialidad relativa a la protección por muerte y supervivencia derivada de accidente de trabajo (12).

Estas reglas pasaron al actual Sistema de Seguridad Social, y así el art. 7.4 de la Ley de Seguridad Social de 1966 estableció la equiparación con los españoles de los trabajadores nacionales de Estados hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses y brasileños en los términos y condiciones que acordase el Gobierno (13), en tanto que los trabajadores de otros países residentes en España quedaban equiparados cuando así resultase de Convenios o de reciprocidad tácita o expresamente reconocida, precepto que fue objeto de desarrollo reglamentario por Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de diciembre de 1966, cuyo art. 1.4 precisó que la reciprocidad se entendía en todo caso reconocida respecto de las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Mediante Instrumento de 23 de febrero de 1967 (BOE de 7 de junio) fue ratificado el Convenio nº 97 de la OIT sobre trabajadores migrantes (revisado) de 1949, cuyo art. 6 establece la cláusula de igualdad de trato con el trabajador nacional, en tanto que su art. 11 contempla las exclusiones a esta regla general (14). En cumplimiento de este Convenio se dicta la Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968 (BOE de 6 de mayo), que explicita los criterios de equiparación: en resumen,

(12) En materia de accidentes de trabajo, el art. 11 del aún vigente Reglamento para la aplicación del Texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo (aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956 conjuntamente con el Texto refundido) establece, en desarrollo del art. 5 del Texto refundido, junto a la plena equiparación con los españoles de los trabajadores portugueses, hispanoamericanos, brasileños, andorranos y filipinos para todas las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, la plena equiparación del resto de inmigrantes a los solos efectos de las prestaciones de muerte y supervivencia a favor de sus causahabientes, con derecho a la exportación de las pensiones causadas, siempre que sea aplicable el principio de reciprocidad o se trate de nacionales de Estados que hayan ratificado el Convenio de la OIT nº 19, o se haya estipulado así en Tratados sobre la materia. Esta regla tiene su origen, en efecto, en el Convenio nº 19 de la OIT, de 5 de junio de 1925, sobre igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidente de trabajo, ratificado por España por Decreto-ley de 22 de febrero de 1929.

(13) Lo que ALMANSA PASTOR denomina «equiparación absoluta a favor de los trabajadores de estirpe ibérica» (José Manuel ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 180).

(14) Como señala RODRÍGUEZ-PINERO, «los instrumentos internacionales han considerado indispensable el acceso de los trabajadores migrantes a la Seguridad Social para reducir su situación de desarraigo, para favorecer su integración social y para tutelar sus derechos fundamentales. A tal objeto han tratado de asegurar la igualdad de trato en materia de Seguridad Social eliminando progresivamente el requisito de la reciprocidad y relativizando las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros en materia de derechos sociales y de condiciones de trabajo incluyendo entre éstas la protección social específica vinculada a la condición de trabajador» (Miguel RODRÍGUEZ-PINERO, *La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios*, en *Relaciones Laborales*, II, 2001, p. 5).

equiparación absoluta con los españoles para todos los trabajadores extranjeros que se encuentren legalmente (15) en territorio español, excepto cuando se trate de autónomos, trabajadores fronterizos, artistas y profesionales liberales de estancia temporal y marinos (en estos casos la equiparación dependerá de lo estipulado en Convenios o de lo que les sea aplicable en virtud de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida a los españoles, que se presume en todo caso para los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (16); en cuanto a los hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses y brasileños también se aplica en estos casos la equiparación absoluta). Posteriormente estas reglas pasan a la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la comunidad iberoamericana y filipina en España, cuyo texto se incorpora al art. 7.4 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) de 1974: «Los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, que residan y se encuentren legalmente en territorio español se equiparan a los españoles a efectos de lo dispuesto en este artículo. Con respecto a los nacionales de otros países se estará a lo que se disponga en los convenios o acuerdos ratificados o suscritos al efecto, o a cuanto les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida» (precepto que luego se convertirá en el art. 7.5 del vigente Texto refundido de la LGSS de 1994, posteriormente reformado, según veremos).

En fin, poco tiempo antes de la aprobación de la Constitución, se publica el Instrumento de Adhesión de 22 de julio de 1978 (BOE de 21 de octubre) a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 y su Protocolo, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. A partir de ese momento los apátridas y refugiados residentes en España gozan de equiparación absoluta a efectos de Seguridad Social con los españoles (17).

(15) Como puede verse, el requisito de la residencia legal, al menos en la materia que nos ocupa, no es en modo alguno una novedad de la LOEx.

(16) Se trata, pues, de una equiparación relativa, para algún Régimen de Seguridad Social o contingencia, v. gr. para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, como se ha visto, o por asistencia sanitaria en caso de maternidad, como se estableció en el art. 14.1.e) del Decreto 2767/1967, de 16 de noviembre.

(17) La Ley 5/1984, de 26 de marzo (luego modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo), reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, complementa las previsiones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo. Su art. 13 establece que «La concesión de asilo implica la autorización de residencia en España, la autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles; la expedición del documento de identidad necesario y, en su caso, de viaje, todo ello con arreglo a lo dispuesto en la presente ley». Por lo demás, la equiparación absoluta de los refugiados y apátridas con los españoles se establece también en el art. 2.2 del Reglamento CEE 1408/1971, de 14 de junio, sobre trabajadores migrantes,

2. La situación tras la Constitución

La entrada en vigor de la Constitución de 1978, cuyo art. 13 se refiere a los derechos de los extranjeros en España, no afectó a las disposiciones anteriormente mencionadas, de las que resultaba, como se ha visto, una equiparación absoluta de los trabajadores extranjeros residentes legalmente en España, y una equiparación relativa para determinados trabajadores extranjeros (autónomos, fronterizos, marinos y artistas que se encuentren por breve periodo de tiempo en España), con la salvedad de los migrantes nacionales de países con los que España ha mantenido lazos históricos (hispanoamericanos, andorranos, portugueses, brasileños y filipinos), listado al que la Ley 58/1980, de 15 de noviembre, añadió los trabajadores de Guinea Ecuatorial residentes en España (18), para los que la equiparación con los trabajadores españoles a efectos de seguridad social se establecía como absoluta e incondicionada en todo caso, régimen privilegiado que se acompañaba con las reglas laborales de exención de visado o del permiso de trabajo. No obstante, con el Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo, que condicionaba la autorización o permiso de residencia a la concesión del permiso de trabajo, librados ambos en un documento único, surgían conflictos derivados de la circunstancia de que a los hispanoamericanos no se les eximiera de obtener el permiso de residencia (19).

La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España (que derogó la Ley 118/1969 y la Ley 8/1980), no supuso alteración del régimen expuesto. Como señalaba en la propia exposición de motivos, la ley partía de la diferenciación de las situaciones de legalidad de las de ilegalidad, de suerte que la residencia legal era punto de partida para el reconocimiento de derechos. De este modo, como la ley no contenía referencia expresa al derecho a la seguridad social, había que acudir a la cláusula general de su art. 4.1, desarrollo de la contemplada en el art. 13.1 CE, lo que significaba la remisión al art. 7.4 LGSS de 1974 y legislación concordante, en los términos ya examinados: en

aplicable en España a partir de su adhesión a las Comunidades Europeas, esto es, a partir de 1 de enero de 1986. Esta misma regla de equiparación se contiene en el Acuerdo Europeo de Seguridad Social y su acuerdo complementario, ratificados por España el 12 de noviembre de 1986. Y se desprende asimismo de la regla contenida en el art. 9.10 del Código Civil.

(18) La referencia a los guineanos no se recogió en el Texto refundido de la LGSS de 1994.

(19) No faltaron pronunciamientos jurisprudenciales en los que, partiendo de una determinada interpretación del Convenio n.º 97 de la OIT se entendía que la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de extranjeros que trabajaban (clandestinamente, se entiende) en España careciendo de permiso de trabajo es preceptiva, sin perjuicio de que la falta de permiso de trabajo pudiese constituir una infracción administrativa (así, Sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo de 31 de enero de 1980 y 26 de octubre de 1983, y de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1976).

suma, equiparación plena con los trabajadores españoles de los trabajadores extranjeros residentes legalmente en España, con las especialidades indicadas (20). La situación de ilegalidad (sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto de la protección por asistencia sanitaria) no permitía el acceso a la protección de la Seguridad Social, con la salvedad del supuesto de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. En tal sentido, la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 28 de diciembre de 1986, por la que se establecen normas en materia de afiliación, cotización y recaudación en vía voluntaria del Régimen General de la Seguridad Social, reconoció la protección por contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional para todos los extranjeros que se hallasen en España, sin condicionamiento alguno (art. 1.4.b). Para las contingencias no derivadas de riesgos profesionales se mantenía la exigencia de que el trabajador emigrante residiera legalmente en territorio español.

La adhesión de España a las Comunidades Europeas con efectos de 1 de enero de 1986, en virtud del Tratado de 12 de junio de 1985, supuso un hito decisivo en la materia que nos ocupa. La recepción del Derecho comunitario implica, a los efectos que aquí interesan, la aplicación de la libertad de circulación y de residencia para los ciudadanos de los Estados miembros (21). La libre circulación conlleva que se reconozca a todos los trabajadores comunitarios el acceso al empleo en cualquier Estado miembro en condiciones de igualdad a los nacionales de éste, prohibiendo toda discriminación por razón de la nacionalidad (arts. 12 y 39.2 del Tratado de la Comunidad Europea), sin más excepción que la referida a los empleos en las Administraciones Públicas que impliquen el ejercicio de potestades públicas y tutela de los intereses generales del Estado (art. 39.4 del Tratado de la Comunidad Europea y Ley 17/1993). Esto supone, ante todo, la prohibición de la reserva de puestos de trabajo a los nacionales o, dicho de otro modo, la

(20) La Ley Orgánica 7/1985 mantenía la regla de trato privilegiado para los nacionales de países con afinidad histórica o cultural con España, a los que añadía los sefardíes y los gibraltareños, a los efectos de establecer su preferencia sobre otros extranjeros para la obtención de permisos de trabajo. No obstante, el alcance de esta preferencia resultaba matizado por el art. 42 del Reglamento de ejecución de la Ley aprobado por Real Decreto 119/1986, de 26 de mayo, que facultaba al Ministerio de Trabajo para modificarla en atención a «la situación nacional de empleo» y al principio de reciprocidad, en su caso.

(21) Asimismo, en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), los ciudadanos de los países del EEE gozan del derecho a la libre circulación de trabajadores en los mismos términos que los comunitarios, en cuanto al acceso al empleo y condiciones de trabajo. A ello habría que añadir las situaciones derivadas de la aplicación de Convenios de Asociación con terceros países, previos a la incorporación a la Unión Europea. Al respecto vid. Alberto PALOMAR OLMEDA, *Régimen jurídico de los Extranjeros*, Elcano (Navarra). Ed. Aranzadi, 2001, pp. 37 ss.

desaparición de la denominada «prioridad del mercado nacional», en virtud de la cual sólo se autorizaba el acceso a un empleo de los no nacionales cuando no fuese cubierto por la mano de obra nacional, que se sustituye por la «prioridad del mercado europeo», según la cual todos los trabajadores comunitarios tienen la misma prioridad para acceder a un empleo en cualquier Estado miembro, dejando a salvo la exigencia de conocimientos lingüísticos (art. 3.1 del Reglamento CEE nº 1612/1968, de 15 de octubre) (22). Asimismo, la libertad de circulación implica la igualdad de trato de los trabajadores comunitarios con los nacionales en cuanto a las condiciones de trabajo y en particular la retribución, despido, reintegración profesional, formación profesional, etc., así como los beneficios fiscales y sociales (art. 7.2 del Reglamento CEE nº 1612/1968, de 15 de octubre). También en cuanto a los derechos de sindicación y de carácter colectivo (art. 8 del Reglamento CEE nº 1612/1968). La igualdad de trato en las condiciones de empleo se refiere tanto a las disposiciones de carácter normativo como a las establecidas en convenio colectivo, según ha tenido ocasión de señalar el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (23). En fin, la libre circulación de los trabajadores comprende el derecho de permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en el mismo un empleo, en las condiciones previstas por los reglamentos de aplicación. Ello significa, de conformidad con el Reglamento CEE nº 1251/70, de 29 de junio de 1970, la Directiva 72/194/CEE, de 18 de mayo de 1972 y la Directiva 90/365/CEE, de 28 de junio de 1990, que este derecho de residencia se aplica a quienes cesen por jubilación o por incapacidad permanente, con derecho al cobro de la pensión correspondiente. En definitiva, el derecho a la permanencia tras el cese en el empleo (o tras el ejercicio de una actividad profesional por cuenta propia: Directiva 75/34/CEE, de 17 de diciembre de 1975 y Directiva 90/365/CEE, de 28 de junio de 1990), se condiciona a la disposición de unos recursos suficientes que garanticen que el beneficiario no va a constituir una carga excesiva para el Estado de acogida (24). Por otra parte, y en estrecha conexión con esta última precisión, la libertad de circulación se acompaña de medidas tales como las encaminadas a establecer un sistema mediante el cual los trabajadores migrantes puedan mantener y no vean disminuido su derecho a las prestaciones de seguridad social (art. 42 del Tratado de la Comunidad Europea), que se refleja fundamentalmente en los Reglamentos

(22) Vid. Herminio LOSADA GONZÁLEZ, *La libertad de circulación de los trabajadores y el deporte*, en el vol. col. coordinado por Alberto PALOMAR OLMEDA, *El modelo europeo del deporte*, Barcelona, Ed. Bosch, 2002, pp. 287 ss.

(23) Sentencia *Schoning-Kougebetopoulou*, asunto C-15/96, de 15 de enero de 1998.

(24) Vid. María Isabel LIROLA DELGADO, *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Madrid, Ed. Civitas — Fundación Universidad Empresa, 1994, pp. 107 a 109.

CEE nº 1408/1971, del Consejo, de 14 de junio de 1971 y nº 574/1972, de 21 de marzo (25).

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, desarrollo específico del art. 43 CE, supone el cumplimiento de las previsiones apuntadas por el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, de gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, desgajando de la Seguridad Social el derecho a la asistencia sanitaria y significa otro hito clave en nuestro análisis, pues su art. 1.2 declara el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros residentes en España en la mismos términos que los españoles, en tanto que el art. 1.3 garantiza tal derecho para los extranjeros no residentes en España (26), «en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan». A su vez, el art. 3.2 dispone que «La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva». Así pues, de la interpretación conjunta de los preceptos citados resulta que la Ley General de Sanidad extiende a los extranjeros que residan legalmente en España el derecho a la asistencia sanitaria que, con carácter universal y en condiciones de igualdad, reconoce a los ciudadanos españoles (27).

(25) Vid. José Manuel GÓMEZ MUÑOZ y Patrocinio Teresa RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, *Bases del Sistema de Seguridad Social en la Unión Europea*, en el vol. col. dirigido por Jesús CRUZ VILLALÓN y Teresa PÉREZ DEL RÍO, *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Madrid, Ed. Tecnos, 2000, pp. 57 ss. También Sean VAN RAEPENBUSCH, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo*, Madrid, ed. del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1992, en especial pp. 347 ss. Bernardo GONZALO GONZÁLEZ, *Derecho internacional y comunitario de la Seguridad Social*, en el vol. col. dirigido por Luis Enrique DE LA VILLA GIL, *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pp. 102 a 110.

(26) De acuerdo con la normativa sobre extranjería vigente a la sazón, esta previsión contemplaba a los turistas extranjeros y, en general, a cualquier ciudadano extranjero que se encontrase en España durante un periodo inferior a tres meses, en situación de «estancia» (art. 13.1.a de la Ley Orgánica 7/1985), prorrogable por un máximo de otros tres meses (art. 66.2 del Reglamento de extranjería de 1986).

(27) La posición de igualdad efectiva de los ciudadanos españoles (y de los extranjeros residentes legalmente en España) ante los distintos Servicios de Salud que componen el Sistema Nacional de Salud se ve desmentida en la práctica por la existencia de niveles prestacionales sanitarios diferentes en los distintos territorios autonómicos. Ciertamente, la Ley General de Sanidad no concreta el contenido de las prestaciones sanitarias (su art. 10 se refiere a los derechos de los usuarios y pacientes, referidos al modo de prestación de los servicios, no al contenido de éstos; la reciente Ley 41/2002, de 14 de noviembre, incide en los derechos de usuarios y pacientes en la misma línea, concretamente en cuanto a los derechos a la información sanitaria, intimidad, autonomía del paciente y consentimiento informado, acceso a las historias clínicas, etc.; por su parte, el art. 93 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, reconoce el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias) y la propia dinámica del Estado autonómico ha conducido a la situación referida de disparidad en el nivel de prestaciones de asistencia sanitaria dispensadas por los diferentes Servicios de Salud. La

El establecimiento de un nivel no contributivo de prestaciones económicas de la Seguridad Social por Ley 26/1990, de 20 de diciembre (pensiones de jubilación e invalidez permanente y prestaciones familiares por hijo a cargo), se reserva a los españoles residentes en territorio nacional. Así se establecía en el art. 7.2.bis LGSS, en la redacción introducida por la citada Ley 26/1990, redacción que pasará al Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el vigente Texto Refundido de la LGSS, el cual, tras la reforma operada en su art. 7 en virtud de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, ambas de medidas fiscales, administrativas y del orden social, contiene las reglas sobre la extensión del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social español, de donde resulta lo siguiente:

a) A efectos de las prestaciones contributivas están incluidos en el Sistema de Seguridad Social, además de los españoles residentes en España, los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que unos y otros ejerzan normalmente su actividad en territorio nacional y realicen una actividad lucrativa por cuenta ajena o propia de las que dan lugar a la inclusión en los correspondientes regímenes que conforman el Sistema. Quedan excluidos, por tanto, los extranjeros en situación de ilegalidad o clandestinidad (salvo en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, como ya se dijo).

b) A efectos de las prestaciones no contributivas, están incluidos los españoles residentes en territorio nacional y los hispanoamericanos, portugueses (28), brasileños, andorranos y filipinos que residan (legalmente, se entiende) en territorio español. Para los nacionales de otros países se estará al principio de reciprocidad, diplomática o normativa (expresa o tácita). El requisito de la residencia legal en España para causar derecho a las presta-

igualdad efectiva a que se refiere la Ley General de Sanidad sería entonces una igualdad de mínimos, por referencia al modelo básico de prestaciones sanitarias de la Seguridad Social (que serían las definidas en los arts. 103 a 108 de la LGSS de 1974, preceptos que permanecen vigentes tras la LGSS de 1994, y cuyo desarrollo se contiene actualmente en el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre y en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud). Sin embargo, está claro que se trata de una cuestión polémica, reavivada por la reciente aprobación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, con la que se pretende que los ciudadanos tengan derecho a disfrutar de las mismas prestaciones sanitarias, con las mismas garantías de accesibilidad, tiempo, información, seguridad y calidad, y con independencia de su lugar de residencia en el territorio nacional, según se recoge en el articulado de esta Ley. Sobre la extensión de las políticas de salud en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos vide, desde una perspectiva económica, Vicente ORTÚN RUBIO, *Reforma de la Sanidad*, en el vol. col. dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO, José Luis GARCÍA DELGADO y Luis GONZÁLEZ SERRA, *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Madrid, Ed. Civitas-Escuela Libre Editorial, 2002, pp. 167 ss.

(28) La referencia a los ciudadanos portugueses resultaba ya innecesaria en este momento legislativo, al tratarse de ciudadanos de un país miembro de la Unión Europea.

ciones no contributivas se concreta para cada una de las prestaciones en los arts. 144.1, 167 y 183 LGSS. De esta forma resulta que para la pensión de invalidez no contributiva se exigen, junto al resto de requisitos, la residencia legal en territorio español durante al menos cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión; en el caso de la pensión de jubilación no contributiva, la residencia legal en territorio español ha de ser al menos de diez años entre el cumplimiento de la edad de 16 años y la edad de 65 años, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión; para la prestación familiar por hijo a cargo no contributiva el requisito de residencia legal en territorio español no queda sujeto a ningún plazo específico, bastando con que concurra el requisito de la residencia legal en el momento de solicitud de la prestación. Por otra parte, conviene recordar que las prestaciones no contributivas no son exportables, por lo que es necesario mantener la residencia legal en España para poder seguir disfrutando de las mismas (siempre que se mantengan además, como es lógico, el resto de requisitos, singularmente el referido al límite de rentas).

En definitiva, el requisito de la residencia legal en España se configura en la LGSS como una exigencia tanto en el nivel contributivo como en el no contributivo (29). Esta solución resultaba plenamente coherente con el régimen general resultante de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España, que, como ya indicamos, parte de la diferenciación de las situaciones de legalidad de las de ilegalidad, de suerte que la residencia legal es punto de partida para el reconocimiento de derechos. Más aún, el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (en sustitución del primer Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo (30)), se refiere ya expresamente a los derechos de los extranjeros a la asistencia sanitaria y a la seguridad social, condicionándolos al requisito de la residencia legal, con remisión a lo establecido en la legislación específica (31). No puede, por tanto, causar extrañeza que la LOEx mantenga el requisito de la residencia legal en territorio español como criterio con-

(29) La acción protectora de uno y otro nivel comprende, de conformidad con el art. 38 de la LGSS, tanto los servicios sociales como la asistencia social complementaria o interna del Sistema (sobre ésta, vid. SSTC 76/1986, de 9 de junio, 146/1986, de 25 de noviembre y 171/1998, de 18 de agosto).

(30) El incremento de los flujos migratorios desde 1986 y el consiguiente aumento de la población extranjera residente en España es la primera razón invocada en el preámbulo del Real Decreto para justificar la reforma reglamentaria.

(31) De conformidad con el art. 8 de este Reglamento «Los extranjeros tendrán acceso a la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, conforme a lo que se establezca en la normativa reguladora, fundamentalmente la rela-

dicionante para el reconocimiento de los derechos a la seguridad social y la asistencia social, con los matices y excepciones correspondientes. La residencia legal, como se ha visto, constituye un criterio con rancio abolengo en nuestro ordenamiento jurídico en materia de protección social.

III. LOS DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LA SALUD EN LA LOEX

1. La protección social de los extranjeros en la LOEx. Criterios formales

La LOEx dedica tres preceptos (32) al régimen de derechos de los extranjeros en materia de seguridad social y asistencia sanitaria: arts. 10.1, 12 y 14 (33). El art. 10.1 fue objeto de reforma por la Ley Orgánica 8/2000, de suerte que si en la redacción original de la LOEx (Ley Orgánica 4/2000) se establecía que «los extranjeros tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social en los términos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen», ahora se establece que «Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente». Los arts. 12 y 14 no sufrieron modificaciones en la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2000.

La LOEx opta por un tratamiento diferenciado de la seguridad social (arts. 10.1 y 14) y la salud (art. 12), aun cuando la asistencia sanitaria sea una de las prestaciones más características del Sistema de Seguridad Social. Sin embargo, no debe verse en este tratamiento legal innovación alguna sobre la situación precedente, sino que la LOEx no hace otra cosa que seguir la pauta

tiva al sistema de la Seguridad Social». El art. 9 a su vez dispuso que «Los extranjeros podrán acceder a las prestaciones y servicios organizados por los poderes públicos para la protección de la salud, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica sobre la materia».

(32) Los tres preceptos tienen carácter de legislación ordinaria, habiendo sido dictados en el ejercicio de la competencia contemplada en el art. 149.1.2ª CE, según establece la disposición final 4ª de la LOEx.

(33) A estos preceptos hay que añadir la referencia contenida en el art. 23.2.c) sobre los actos considerados como discriminatorios contra los extranjeros («Todos los que impongan *ilegitimamente* condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad»). También cabe añadir, por su incidencia en materia de seguridad social, la previsión contenida en el art. 36.3, referida a la validez del contrato de trabajo suscrito con extranjero sin permiso de trabajo a efectos de los derechos sociolaborales de ese inmigrante.

marcada en nuestra legislación a partir de la Ley General de Sanidad, como ya adelantábamos. En este sentido cabe señalar que, en la medida en que la asistencia sanitaria forma parte del derecho a la salud y que ha sido (y sigue siendo) una prestación esencial en el Sistema de Seguridad Social, no cabe extrañar que algunos autores hayan criticado la opción de instrumentar la protección de la salud de forma independiente a la protección de la seguridad social, pese a lo cual afirman que parece ser justamente éste el modelo por el que opta la Constitución y que ya venía anticipado por el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo (34). No obstante, como ya hemos señalado en otro lugar (35), lo cierto es que de la redacción de los arts. 41 y 43 CE, no cabe inferir que ésta se decante ni por el mantenimiento de los servicios sanitarios públicos en la Seguridad Social, ni por el establecimiento de un sistema sanitario público al margen de la Seguridad Social. Dicho en palabras de BORRAJO DACRUZ, la Constitución «asume una posición neutral en esta cuestión» (36). En suma, la Constitución se mantiene abierta a cualquier organización posible del sistema sanitario público, siempre y cuando se garantice adecuadamente la protección de la salud de los ciudadanos. Dentro de este flexible margen, corresponde al legislador la elección de uno u otro modelo sanitario. Y lo cierto es que el legislador, con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ha optado por un modelo de sanidad integral, configurado en un sistema sanitario público, el Sistema Nacional de Salud, desgajado del Sistema de Seguridad Social, cuya culminación ha sido lograda recientemente, una vez completado el proceso de transferencias del Instituto Nacional de la Salud (y de la asistencia sanitaria del Instituto Social de la Marina) a todas las Comunidades Autónomas, de suerte que éstas asumen a través de sus propios Servicios de Salud la asistencia sanitaria (37) y

(34) Vid. Fernando GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Ed. Civitas, 3ª ed., 2000, pp. 866 a 868 y 879.

(35) Herminio LOSADA GONZÁLEZ, *La Ley General de Sanidad*, en el vol. col. dirigido por Alberto PALOMAR OLMEDA *Manual Jurídico de la Profesión Médica*, Madrid, Ed. Dykinson, 1998, pp. 716 y ss.

(36) Efrén BORRAJO DACRUZ, *Comentario al art. 43 de la Constitución*, en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, dirigidos por Oscar ALZAGA VILLAMIL, Madrid, Edersa, tomo IV, Madrid, 1984, pág. 167.

(37) Vid. LOSADA GONZÁLEZ, *La ordenación de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas*, en *Manual Jurídico de la Profesión Médica*, cit., pp. 777 y ss. El proceso de transferencias del INSALUD a las Comunidades Autónomas concluye con los Decretos de transferencias de diciembre de 2001, con efectos de 1 de enero de 2002. Ello ha determinado la desaparición del INSALUD, sustituido por una entidad de menor dimensión denominada Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, encargado de la gestión de las prestaciones sanitarias en el ámbito territorial de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto), así como de la gestión de la Organización Central de Trasplantes y el Centro Nacional de Dosimetría de Valencia.

asimismo una vez que se ha conseguido en el ejercicio de 1999, como se contemplaba en el llamado «Pacto de Toledo» (38), la separación y clarificación de las fuentes de financiación, de suerte que las prestaciones sanitarias no se financien mediante cotizaciones a la Seguridad Social, sino exclusivamente a través de la imposición general, como se postulaba en la Recomendación 1ª del citado «Pacto de Toledo» (39).

Sin perjuicio de lo anterior, es lo cierto que el tratamiento de la cuestión a los efectos que aquí nos ocupan (derecho a la protección social de los extranjeros) dependerá del título jurídico por el que se tenga derecho a la asistencia sanitaria. Si se trata de trabajador extranjero afiliado a la Seguridad Social (o familiar de éste), tendrá derecho a la asistencia sanitaria como una prestación más del Régimen de Seguridad Social en el que se encuentre encuadrado (y estaremos en el marco general del art. 14 de la LOEx). Si no existe afiliación a la Seguridad Social, el extranjero tendrá derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos por el art. 12 de la LOEx. Ello obliga a considerar la protección de la salud en ambos planos.

2. El derecho de los extranjeros a la protección de la Seguridad Social según la LOEx

La LOEx se refiere al derecho de los extranjeros a la Seguridad Social en tres preceptos, el art. 10.1, el art. 14 y en el art. 23.2.c), a los que habría que añadir, de forma indirecta el art. 36.3. En el art. 10.1 se aborda la cuestión desde la perspectiva del derecho del trabajador de nacionalidad extranjera a ser incluido en el Sistema de Seguridad Social: «Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones

(38) El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del 6 de abril de 1995, aprobó sin modificaciones el texto aprobado por la Comisión de Presupuestos el 30 de marzo de 1995 sobre la base del Informe emitido por la Ponencia, constituida en su seno, para el análisis de los problemas estructurales de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse (nº de expediente 15/94), conocido vulgarmente como «Pacto de Toledo» (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nº 134, de 12 de abril de 1995).

(39) Así se estableció por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, que dio nueva redacción al art. 86.2 LGSS, de donde resulta que las prestaciones sanitarias incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social (así como las prestaciones no contributivas) se financiarán mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social. No obstante, la propia Ley 24/1997 incluye en el texto de la LGSS la disposición transitoria 14ª, estableciendo que esa separación de fuentes de financiación se llevará a cabo de modo paulatino, antes del ejercicio económico del año 2000, en los términos que establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. En este sentido, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1999 prevé la asunción por el Estado de la totalidad de la financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del INSALUD, suprimiéndose la referencia a la aportación procedente de cotizaciones sociales. Con ello se produjo la total separación entre la Sanidad y la Seguridad Social en el plano financiero.

que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente». El extranjero que reúna dichos requisitos no puede ser privado de ese derecho, siendo considerados como actos discriminatorios, de conformidad con el art. 23.2.c) «todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad».

Se trata, en definitiva, dicho en terminología específica de Seguridad Social, del derecho de todo trabajador extranjero en España (se entiende en situación de legalidad, esto es, contando con permiso de residencia y trabajo), a ser «afiliado» al Sistema, si se trata de acceso por vez primera al Sistema de Seguridad Social español, y a ser dado de «alta» en el Régimen correspondiente según el tipo de actividad laboral realizada. Nada añade en este punto la LOEx a la normativa en materia de seguridad social aplicable a la fecha de su entrada en vigor, pues, como se ha visto, el art. 7.1 LGSS ya establece la inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros que residan legalmente en España y realicen una actividad lucrativa por cuenta ajena o propia de las que dan lugar al encuadramiento en alguno de los Regímenes del Sistema (40). A su vez, el art. 12 LGSS determina la obligatoriedad de la afiliación para todas las personas a las que se refiere el art. 7.1 LGSS, siendo única y vitalicia y para todo el Sistema, sin perjuicio de las altas y bajas sucesivas en los distintos Regímenes que lo integran que puedan producirse con posterioridad a la afiliación. El acto instrumental de afiliación determina la constitución de la relación jurídica de Seguridad Social (41). El incumplimiento de la obligación de afiliación gene-

(40) Es interesante reseñar que, según los datos facilitados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales referidos al mes de noviembre de 2002, más de la mitad de afiliados al Sistema de la Seguridad Social son trabajadores extranjeros. En concreto, en el mes de noviembre de 2002 se alcanzó la cifra de 16.369.029 afiliados al Sistema, de los cuales 850.061 son trabajadores extranjeros. De éstos, 180.417 son ciudadanos de países de la Unión Europea. De los 669.644 restantes procedentes de otros países, el colectivo de trabajadores marroquíes cuenta con el mayor número de afiliados, seguido por los trabajadores de Ecuador.

(41) ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, vol. I, cit., pp. 161 y 413. Por Resolución de 20 de febrero de 1998 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE de 4 de marzo), se ordena la publicación de la Circular conjunta de 10 de febrero de 1998 de la Tesorería General de la Seguridad Social y la Dirección General de Ordenación de las Migraciones sobre afiliación, altas, bajas, variaciones de datos y cotización de trabajadores extranjeros.

ra, entre otras consecuencias, la responsabilidad empresarial en cuanto al pago de las prestaciones que se causen por el trabajador no afiliado, de conformidad con los arts. 13.3 y 126 LGSS y su normativa de desarrollo (constituida aún por los arts. 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966, vigentes con carácter reglamentario y que han sido objeto de una profusa jurisprudencia interpretativa en ausencia de una regulación acorde al nuevo marco de garantías constitucionales, de manera que, como señala Mercader, «la labor hermenéutica de los jueces ha sustituido, en este caso, a la propia función normativa» (42). En definitiva, los trabajadores extranjeros que se encuentren en España en situación regular quedan incluidos en el Sistema de Seguridad Social en igualdad de condiciones con los trabajadores españoles.

El art. 10 LOEx ha de ponerse en relación con el art. 14, que aborda el derecho a la Seguridad Social («derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales», reza su epígrafe) del inmigrante desde la perspectiva de las prestaciones a que puede tener derecho ese inmigrante disponiendo que:

- «1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.
2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles.
3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas».

Los comentaristas han destacado la deficiente técnica normativa de este precepto, entre otras razones por la confusión conceptual que introduce al diferenciar entre prestaciones y servicios de la Seguridad Social, y entre prestaciones y servicios básicos y no básicos, siguiendo una terminología que no es usual en nuestro Sistema de Seguridad Social (43). En todo caso, el precepto permite distinguir, con fundamento en el criterio de la residencia legal y en conexión con el art. 10 de la propia LOEx y el art. 7 y concordantes de la LGSS, dos situaciones a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social respecto de los inmigrantes:

(42) Jesús R. MERCADER UGUINA, *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*, Madrid, Ed. La Ley, 2001, p. 111.

(43) Diego ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, en el vol. col. coordinado por Pablo SANTOLAYA MACHETTI, *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2000, p. 107. Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios*, cit. p. 12. José Manuel DÍAZ MARTÍN, en el vol. col. dirigido por José ASEÑSI SABATER, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Zaragoza, Ed. Edijus, 2000, pp. 101-102.

a) Por una parte, la situación de los extranjeros residentes legalmente en España, los cuales (así como sus familiares que resulten beneficiarios) tendrán derecho a la protección de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles, tanto en el nivel contributivo como en el nivel no contributivo (siempre que se cumplan, lógicamente, los requisitos establecidos para causar derecho a la prestación de que se trate). Se establece, pues, el principio de igualdad de trato o plena equiparación con los españoles para todos los extranjeros que residan legalmente en España. De esta forma, resulta que los trabajadores extranjeros que residan legalmente en España quedan incluidos en el Régimen de Seguridad Social correspondiente a la actividad que realicen (arts. 10.1 LOEx y art. 7 LGSS) con la misma protección social del nivel contributivo (incluidos los servicios sociales y la Seguridad Social complementaria) que los trabajadores españoles (art. 14.1 y 2 LOEx), si bien en cuanto a la conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, o en cuanto a la exportación de las prestaciones habrá de estarse a lo dispuesto en los Reglamentos CEE n° 1408/1971, del Consejo, de 14 de junio de 1971 y n° 574/1972, de 21 de marzo, si se trata de ciudadanos de países miembros de la Unión Europea, o a los Convenios internacionales en materia de Seguridad Social que resulten aplicables (44). En cuanto a los extranjeros residentes legalmente en España que carezcan de recursos en el nivel establecido legalmente y no tengan derecho a prestaciones contributivas, tanto por insuficiencia de cotización como por no haber cotizado nunca, podrán causar, en su caso, en igualdad de condiciones con los ciudadanos españoles, prestaciones no contributivas en caso de cumplirse los requisitos exigidos para cada una de dichas prestaciones (arts. 14.1 y 2 LOEx y arts. 144.1, 167 y 183 LGSS). En el nivel no contributivo se ha producido, pues, una ampliación del campo subjetivo de protección frente a la regulación contenida en el art. 7.5 LGSS, que, como se ha visto, limitaba la equiparación a los nacionales de Estados iberoamericanos o con vinculación histórica especial con España, en tanto que para el resto de extranjeros residentes legalmente en España se remitía al principio de reciprocidad, diplomática o normativa, por lo que dicho precepto debe entenderse modificado por el art. 14 LOEx en los términos expuestos.

Los inmigrantes residentes legalmente en España tienen, además, derecho a acceder «a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles» (art. 14.2 LOEx). Respecto a lo que deba entenderse por «servicios y

(44) Sobre la protección de los trabajadores migrantes en los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España, vid. Juan Carlos ÁLVAREZ CORTÉS, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Madrid, Ed. Tecnos, 2001, pp. 268 ss.

prestaciones sociales» conforme a este precepto, puede resultar ilustrativo, según señalan diversos autores (45), acudir al art. 14 de la Carta Social Europea, de manera que se consideren servicios sociales todos aquellos que contribuyan al bienestar y desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno, como complemento de las prestaciones específicas de la Seguridad Social. En todo caso, conviene recordar que la LGSS contempla con carácter general en sus arts. 38.1.e) y 53 las prestaciones de servicios sociales como complemento de la acción protectora de la Seguridad Social. También deben incluirse en el ámbito del art. 14.2 LOEx las prestaciones de Asistencia Social, tanto la complementaria o interna al Sistema, como la que puedan establecer las Comunidades Autónomas en virtud de las competencias asumidas al amparo del art. 149.1.20 CE (vid. SSTC 76/1986, 146/1986, 171/1998 y 239/2002) o las Corporaciones locales.

Más oscura resulta la distinción entre servicios sociales «generales», «básicos» y «específicos». Para RODRÍGUEZ-PIÑERO (46) puede referirse a la diversidad de planos que contempla la legislación de las Comunidades Autónomas entre servicios genéricos y servicios especializados por sectores o para colectivos particulares, lo que puede incluir también servicios y prestaciones sociales expresamente dirigidos a los inmigrantes en cuanto tales, a fin de promover su integración social. En sentido similar, ÍÑIGUEZ (47) considera que cabe entender como servicios sociales específicos los destinados a cubrir necesidades sociales de los inmigrantes por razón del propio hecho de la inmigración, en tanto que los generales serían los destinados a satisfacer necesidades de personas con independencia de su nacionalidad o condición. Más problemático resulta determinar qué deba entenderse por servicios sociales básicos, siendo posible entenderlos referidos a aquellos que sirvan a necesidades de carácter vital, como serían los sanitarios, educativos y de atención social para personas en situaciones de especial necesidad por su edad u otras circunstancias sociales o personales, según el autor citado. Para GARCÍA MURCIA, el carácter «básico» parece remitir al concepto de ayuda humanitaria o de subsistencia, si bien este autor se manifiesta escéptico sobre las previsiones contenidas en los apartados 2 y 3 del art. 14 LOEx, señalando que el precepto puede quedar en una mera declaración retórica, precisamente por su extremada generalidad y por la ausencia total de precisión sobre su posible contenido (48).

(45) Así, Lidia MORENO BLESÁ, en el vol. col. coordinado por Juan Manuel CAMPO CABAL, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, Ed. Civitas, 2001, p. 121. José Manuel DÍAZ MARTÍN, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, cit., p. 101.

(46) RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios*, cit., p. 14.

(47) ÍÑIGUEZ-HERNÁNDEZ, en el vol. col. *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, cit., p. 110.

(48) GARCÍA MURCIA, *Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería*, cit., p. 29.

b) por otra parte, en cuanto a los extranjeros en situación irregular o clandestina, sólo tienen derecho (además de a la asistencia sanitaria en los términos que señala el art. 12 LOEx que luego comentaremos (49)) «a los servicios y prestaciones sociales básicas» (art. 14.3 LOEx), que parece deben entenderse referidos, en la línea que ha quedado apuntada, a los servicios sociales y prestaciones de asistencia social para personas en situaciones de especial necesidad por su edad u otras circunstancias sociales o personales (discapacidad, marginación, etc.), esto es, como ayudas de carácter básico o vital (50). Entendido así el precepto, estaríamos ante un derecho de los extranjeros ligado a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).

La conclusión de cuanto precede es que la LOEx mantiene el criterio de la residencia legal, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico y avalado, como se ha visto, por la normativa comunitaria, para diferenciar entre los derechos que pueden tener los inmigrantes en materia de Seguridad Social (incluida la asistencia social y los servicios sociales), según se encuentren o no legalmente en territorio español. No cabe por ello compartir la opinión de quienes ven en la LOEx «un cierto empeoramiento de la protección social de los inmigrantes extracomunitarios en situación irregular» (51), pues la LOEx no rebaja la protección en materia de Seguridad Social de los inmigrantes irregulares respecto a la normativa precedente, según hemos tenido ocasión de examinar. Tampoco podemos compartir la tesis de quienes llegan a afirmar que el criterio de la residencia legal como delimitador de los derechos sociales de los inmigrantes vulnera los textos internacionales en los que se reconoce sin más precisiones o especificaciones el derecho a la segu-

(49) Y parece que debe entenderse, conforme a lo expresado con anterioridad (recuérdese el Convenio nº 97 de la OIT), que los inmigrantes en situación irregular que sufran un accidente de trabajo causarán derecho a las correspondientes prestaciones contributivas por incapacidad, temporal o permanente, y de muerte y supervivencia, en su caso, aunque los tribunales del orden social no mantienen criterios unánimes en cuanto a la responsabilidad empresarial (principio de automaticidad) cuando el trabajador que sufre el accidente de trabajo sin estar de alta (ni cotizar, por consiguiente), es un inmigrante en situación irregular (en sentido favorable a la tesis de la protección por accidente de trabajo del inmigrante irregular, vid. la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1998). Abonaría esta conclusión de protección del inmigrante en materia de contingencias profesionales el inciso final del art. 36.3 LOEx, conforme al cual «la carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». Para ÁLVAREZ CORTÉS, en estos supuestos el inmigrante queda protegido tanto a efectos de las contingencias profesionales como a efectos de las contingencias comunes, siendo las prestaciones causadas a cargo del empresario responsable (Juan Carlos ÁLVAREZ CORTÉS, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, cit., pp. 67 y 68).

(50) No serían servicios sociales básicos, v.gr., los programas de vacaciones para la tercera edad o los programas de termalismo social.

(51) RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios*, cit., p. 11.

ridad social (52), pues, como señala García Murcia (53), traer a colación esos textos internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenio Europeo de Derechos Humanos, etc.), carece del necesario rigor interpretativo, toda vez que estos instrumentos no son normas que se dediquen específicamente a las cuestiones que suscita la inmigración con fines laborales, sino que su objetivo se centra en obligar a todos los Estados parte al reconocimiento de unos derechos sociales básicos en relación con sus propios ciudadanos, que es el ámbito natural de las decisiones políticas de los Estados.

3. El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria según la LOEx

Además de la referencia a los actos de discriminación del art. 23.2.c) («servicios socioasistenciales»), y de la inevitable conexión con el derecho a la Seguridad Social del art. 14 (en la medida en que la asistencia sanitaria es una de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social) la LOEx se refiere específicamente al derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria en el art. 12, a cuyo tenor resulta que:

«1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto».

La exégesis de este precepto no deja de plantear problemas, particularmente en lo que se refiere a la referencia a la residencia habitual que se contiene en el apartado 1. Cabe entender que el art. 12.1 se refiere a los inmi-

(52) Así, CHUECA afirma que la atribución del derecho a la seguridad social sólo a los inmigrantes residentes legalmente (arts. 10.1 y 14 LOEx) viola el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 9 señala que «los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social» (Ángel G. CHUECA SANCIO, *Aplicación de los tratados internacionales por las Comunidades Autónomas y Ley de Extranjería*, en esta REVISTA, núm. 20, 2002, p. 338).

(53) GARCÍA MURCIA, *Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería*, cit., p. 31.

grantes en situación regular, residentes legalmente en España pero que no desempeñan una actividad laboral que dé lugar a su inclusión en el Sistema de la Seguridad Social, si se considera que la expresión «residencia habitual» debe situarse en su propio contexto legal, siendo así que el art. 29.3 LOEx determina que «son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente» (54). Sin embargo, el precepto consiente una interpretación más amplia, que es en nuestra opinión la correcta, entendiendo residencia como mera situación de hecho, siendo el acto administrativo de empadronamiento lo que permitiría acreditar la habitualidad de la residencia en un lugar determinado (55). La LOEx habría operado así una importante extensión del derecho a la asistencia sanitaria a favor de los extranjeros, caminando en la línea de quienes venían postulando la consideración del derecho a la protección de la salud como un derecho que afecta de manera directa a la dignidad de la persona humana y corresponde, por tanto, por igual, a españoles y a extranjeros. De conformidad con estas premisas, el régimen jurídico de la protección de la salud de los extranjeros en España (56) resultante de los arts. 12 y 14 LOEx sería, en definitiva, el que a continuación se indica (57).

a) Los trabajadores extranjeros residentes legalmente en España (así como los pensionistas de la Seguridad Social) y sus familiares beneficiarios

(54) Por esta interpretación parece decantarse GARCÍA MURCIA (*Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería*, cit., p.34). Para RODRÍGUEZ-PIÑERO (*La Seguridad Social y los inmigrantes extracomunitarios*, cit., p. 16), el art. 12 LOEx no permite deducir con claridad que los inmigrantes irregulares que se encuentren empadronados en el municipio que residan (más bien «estén») tengan derecho sin más a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los regulares, si bien la práctica administrativa y posiblemente la reglamentaria van a ir en esta dirección. En todo caso, la mayoría de la doctrina se inclina por sostener que el mero empadronamiento municipal, atribuye el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles incluso a los inmigrantes en situación irregular.

(55) Téngase en cuenta que de conformidad con el art. 15.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, modificado por la Ley 4/1996, de 10 de enero «Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente», por lo que no se excluye de empadronamiento a los inmigrantes irregulares, si bien el art. 18.2 de la misma Ley precisa que «La inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España».

(56) Cf. Juan Carlos ÁLVAREZ CORTÉS, *Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería*, en «Relaciones Laborales», n.º 4 (2001), pp. 11 ss.

(57) La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, establece en su art. 3.1 que son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el art. 12 LOEx. Los ciudadanos comunitarios tendrán los derechos que resulten del Derecho comunitario europeo y de los Tratados y Convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación. Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea tendrán los derechos que les reconozcan las leyes, los Tratados y los Convenios suscritos por España.

(58), al estar incluidos en alguno de los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, cuya acción protectora incluye la asistencia sanitaria para todas las contingencias (art. 38.1.a) LGSS y arts. 98 y ss LGSS de 1974), tienen derecho a la asistencia sanitaria en la misma extensión que los españoles (art. 14.1 LOEx). Así se recuerda en la STC 95/2000 de 10 de abril (FJ 4), con referencia al art. 100.1.c) LGSS de 1974 y al Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se aprobaron las normas sobre prestación de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social). La STC 95/2000 sienta el criterio de que no puede denegarse a la compañera de hecho (de nacionalidad rumana) del recurrente en amparo (trabajador español incluido en el Régimen General de la Seguridad Social) el derecho a ser beneficiaria de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social por el hecho de carecer aquélla del permiso de residencia como consecuencia de no tener visado. El Tribunal Constitucional tiene en cuenta que el requisito del visado para obtener el permiso de residencia era una cuestión controvertida judicialmente (en vía contencioso-administrativa), existiendo una resolución judicial que cautelarmente eximía a la compañera del recurrente del requisito del visado hasta tanto se decidiera definitivamente sobre la exigibilidad o no de dicho requisito. Partiendo de esta premisa, el Tribunal Constitucional considera que, en tanto no se resuelva definitivamente sobre dicha cuestión, los efectos de la medida cautelar acordada no pueden perjudicar a la compañera de la recurrente, que no puede considerarse en situación ilegal, sino antes bien en situación de residencia legal, aunque sea provisionalmente. Nótese que el Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre el derecho que puedan tener los inmigrantes ilegales, en su caso, a la asistencia sanitaria pública. De hecho, la STC 95/2000 parte del presupuesto, en el caso concreto, de la residencia legal (provisional) de la compañera del recurrente como presupuesto de su derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social en cuanto beneficiaria del titular del derecho (FJ 7: «en definitiva, y como se ha dicho, no pudiendo afirmarse la ilegalidad de la sra. en territorio nacional, y no habiéndose discutido el resto de los requisitos exigibles para el reconocimiento del derecho postulado, tal reconocimiento era obligado»).

b) Los extranjeros residentes habituales en España que no desempeñen una actividad lucrativa que dé lugar a su inclusión en el Sistema de la

(58) La asimilación de la pareja de hecho al cónyuge, a los efectos de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, fue reconocida ya por una Resolución de 29 de diciembre de 1984 de la Secretaría General de la Seguridad Social, recogida por una Circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social (Entidad Gestora a quien compete el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social) de 18 de febrero de 1985, como se recuerda en la STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3.

Seguridad Social pero estén inscritos en el padrón municipal correspondiente, tienen también derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.1 LOEx).

c) Los extranjeros en situación de ilegalidad. Respecto de éstos a su vez hay que distinguir varios supuestos:

a') El de los menores de 18 años de edad, que tendrán derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, aunque no estén inscritos en el padrón municipal. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reconocía ya en su art. 10.3 el derecho de los menores extranjeros a la asistencia sanitaria aunque no residan legalmente en España, si bien ese reconocimiento iba condicionado a que se encontrasen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente. La LOEx extiende este derecho a todos los menores de edad sin condicionamiento alguno, en la línea demandada por la Convención de la ONU de 1989 sobre los Derechos del Niño (arts. 24 y 25), ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (59).

b') El de las mujeres embarazadas, que tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto en la misma condición que las españolas, aun cuando no estén inscritas en el padrón municipal. También en este punto la LOEx ha extendido el derecho a la asistencia sanitaria, en la línea demandada por la Convención de la ONU de 1989 sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 24.2.d) establece que los Estados parte se comprometen a «asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres».

c') El de los extranjeros mayores de 18 años con independencia de su sexo inscritos en el padrón municipal de la localidad donde residan habitualmente, que tendrán derecho a la asistencia sanitaria en la misma condición que los españoles.

d') La de los extranjeros mayores de 18 años no inscritos en el padrón municipal de la localidad donde residan habitualmente, que sólo tendrán derecho a la asistencia sanitaria de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. Quedan fuera de protección, pues, las enfermedades o afecciones leves así como las dolencias crónicas, ya que la protección sanitaria sólo abarca para los inmigrantes ilegales no empadronados (salvo que se trate de embarazadas o de menores de 18

(59) Cf. Elisa PÉREZ VERA, *El Convenio sobre Derechos del Niño*, en VV.AA., *Garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid, ed. Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 167 ss. Cf. igualmente la Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992, sobre una Carta Europea de los derechos del Niño (DOCE n° C 241, de 21 de septiembre de 1992).

años, como queda dicho) las situaciones de urgencia, en las que peligra la vida o la integridad física del paciente si no recibe asistencia sanitaria, supuesto en que ésta debe ser considerada indiscutiblemente como un derecho que afecta de manera inmediata y directa a la dignidad de la persona humana y corresponde, por tanto, por igual, a españoles y a extranjeros, con independencia de la situación administrativa de éstos, conforme a la conocida doctrina del Tribunal Constitucional (60).

(60) El proyecto de Ley de reforma de la LOEx contempla en su art. 3 relevantes modificaciones de la Ley de Bases de Régimen Local en materia de padrón municipal. Entre ellas destaca la introducción de una nueva disposición adicional, la 7.ª, con la finalidad de permitir el acceso de la Dirección General de Policía a los datos de inscripción padronal de los extranjeros, a los efectos del ejercicio de las competencias establecidas en la legislación de extranjería sobre el control y permanencia de los extranjeros en España.

Ciertamente, esta medida puede tener un efecto disuasorio en cuanto a la inscripción en el padrón de los inmigrantes irregulares, con el efecto indirecto de una desprotección en materia de asistencia sanitaria para el colectivo de inmigrantes irregulares mayores de 18 años, que sólo tendrán el derecho a la asistencia de urgencia en caso de enfermedades graves o accidentes (art. 12.2 LOEx).