

| ARTÍCULO

Universalidad y efectividad de los derechos sociales: el acceso a las prestaciones sanitarias por migrantes en situación irregular*

Universality and effectiveness of social rights: access to health benefits by unauthorized migrants

Fernando Arlettaz
Centro Universitario de la Defensa
Universidad de Zaragoza
ORCID: 0000-0002-4372-0855

Fecha de recepción 01/12/2022 | De aceptación: 13/03/2023 | De publicación: 01/06/2023

RESUMEN

El artículo aborda la evolución de regulación legal del derecho a las prestaciones sanitarias públicas por parte de migrantes en situación irregular. Se señala el pasaje de un régimen basado en el criterio de la residencia que permitía el acceso a esas prestaciones a uno basado en el criterio del aseguramiento que lo excluía (a partir de la reforma de 2012) y el regreso al régimen inicial (con la contra-reforma de 2018). Al mismo tiempo, se utiliza la regulación estudiada como punto de partida para reflexionar sobre los conceptos de universalidad y efectividad en relación con los derechos sociales.

PALABRAS CLAVE

Derechos sociales; prestaciones sanitarias; migrantes.

ABSTRACT

The article analyzes the evolution of the legal regulation of the right of unauthorized migrants to public health benefits. It considers the transition from a regime based on the idea of residence that allowed access to these benefits to one based on the idea of insurance that excluded it (between 2012 and 2018) and the return to the initial regime (since the 2018 counter-reform). At the same time, this regulation is used as a starting point to reflect on the universality and effectiveness of social rights.

KEY WORDS

Environmentally displaced; climate change; natural disasters; migratory conflicts; international law.

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto “El derecho al Derecho y a los derechos en Aragón”. Diputación General de Aragón, referencia S09_20R.

Sumario: 1. Introducción. 2. La titularidad del derecho a la salud: el problema de la universalidad. 2.1. *Qué es (y qué no es) la universalidad de los derechos sociales.* 2.2. *La irregularidad migratoria como causa de exclusión.* 2.3. *La irregularidad migratoria y la dualidad del acceso a la salud.* 3. El ejercicio del derecho a la salud: el problema de la efectividad. 3.1. *La efectividad de los derechos sociales.* 3.2. *La lógica burocrática en el acceso a las prestaciones sanitarias.* 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

La Constitución española reconoce “el derecho a la protección de la salud” (art. 43.1), encomendando a los poderes públicos “organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” y a la ley establecer “los derechos y deberes de todos al respecto” (art. 43.2). La Constitución incluye, pues, un derecho a la protección de la salud. Sin embargo, el hecho de que la disposición que lo consagra esté en el capítulo tercero (“De los principios rectores de la política social y económica”) y no en el capítulo segundo (“Derechos y libertades”) del título primero (“De los derechos y deberes fundamentales”) ha supuesto en la visión tradicional de la doctrina constitucional una cierta devaluación del derecho, que ha sido considerado como expresión de un ideal programático cuya exigibilidad viene subordinada a la intervención legislativa¹.

Por otra parte, la Constitución establece también que los poderes públicos deben mantener “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad” (art. 41). La relación entre el derecho a la salud antes mencionado y la obligación estatal de poner en marcha un régimen de Seguridad Social ha sido fluctuante en la legislación española. Como se explicará más abajo, las primeras formas de garantía estatal del derecho a la salud por medio de prestaciones sanitarias públicas se dieron efectivamente bajo la modalidad del seguro social: las personas incluidas en determinadas categorías (en general, categorías profesionales) aportaban una cotización que les aseguraba el derecho a recibir una cierta cobertura sanitaria en carácter de asegurados. Sin embargo, en las últimas décadas del siglo XX se produjo una progresiva separación entre el régimen de las prestaciones sanitarias y el régimen de la Seguridad Social,

¹ Sobre el derecho a la salud en la Constitución española ver Martínez de Pisón, José M.; “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, *Derechos y libertades*, 14, 2006, pp. 129-150. Lema Añón, Carlos; *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid: Dykinson, 2009. Fernández, Rafael; “Dimensión del derecho a la protección a la salud: su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)”, *Derecho y Salud*, 19(1), 2010, pp. 11-30. Una perspectiva crítica sobre el carácter programático de los derechos sociales en la Constitución en Pérez Luño, Antonio E.; “Los derechos sociales y su 'status' normativo en la constitución española”, *Documentación Administrativa*, 271, 2005, pp. 13-38. Pérez Luño, Antonio E.; “La positividad de los derechos sociales: Su enfoque desde la Filosofía del Derecho”, *Derechos y Libertades*, 14, 2006, pp. 151-178.

de modo que las primeras se independizaron de la idea del aseguramiento (con ciertas idas y vueltas, como se verá)².

Dado que la competencia para establecer las bases generales y los mecanismos de coordinación de la sanidad corresponde al Estado (art. 146.1.16 de la Constitución), un conjunto de leyes estatales ha venido definiendo los contornos generales del régimen sanitario, comportándose de esta manera como una reglamentación del derecho constitucionalmente consagrado. A los efectos que interesan en este trabajo, dos de ellas resultan especialmente relevantes. En 1986, Ley General de Sanidad creó el Sistema Nacional de Salud, entendido como el conjunto de los servicios de salud que están bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas y bajo los poderes de dirección básica y coordinación del Estado³. Con posterioridad, otras muchas normas complementaron o modificaron la Ley General de Sanidad. Entre éstas destaca la Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud de 2003⁴.

Existen dos discusiones de gran calado teórico y constitucional en torno del derecho a la salud. Por un lado, la discusión sobre su titularidad, en particular en la medida en que el derecho a la salud se traduce en un derecho (más específico) de acceso a prestaciones sanitarias con cargo a fondos públicos. Por otro lado, la discusión sobre las condiciones necesarias para que el derecho sea efectivo, en particular (una vez más) en su dimensión de acceso a prestaciones sanitarias con cargo a fondos públicos. Las dos cuestiones serán consideradas en el presente trabajo, focalizando la atención en un aspecto común a ambas: el del acceso a las prestaciones sanitarias públicas por parte del colectivo de migrantes en situación irregular.

Paralelamente, el presente artículo también realizará un análisis teórico de las ideas de universalidad y efectividad de los derechos sociales en relación con el derecho a la salud. El estudio del acceso a las prestaciones sanitarias por parte de las personas extranjeras en situación irregular, además de presentar un interés en sí mismo, tiene un valor teórico suplementario. El caso resulta interesante tanto por su carácter de supuesto límite en relación con la titularidad del derecho (las personas extranjeras en situación

² Sobre esta cuestión ver Lema Añón, Carlos; *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud*, Madrid: Dykinson, 2012. Dalli Almiñana, María, *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

³ Art. 44, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, *BOE*, A-1986-10499, 29/04/1986 (a partir de ahora, Ley General de Sanidad).

⁴ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, *BOE*, A-2003-10715, 29/05/2003 (a partir de ahora, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud).

irregular suelen ser percibidas como no merecedoras de la protección del Estado social, precisamente por la irregularidad de su presencia en el territorio) como por sus peculiaridades en relación con la efectividad del derecho (el de los migrantes en situación irregular es un grupo vulnerable por antonomasia, por lo que la efectividad de los derechos sociales a su respecto requiere de salvaguardas y prevenciones especiales).

En relación con la titularidad del derecho a la salud, debe recordarse que la Ley General de Sanidad dispone que la asistencia sanitaria pública debe extenderse a toda la población española en condiciones de igualdad efectiva y que la política de salud debe estar orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales⁵. En un sentido semejante, según su enumeración de principios, la Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud se propone garantizar “la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad” así como “el aseguramiento universal y público por parte del Estado”⁶ (la idea del aseguramiento que menciona el artículo parece ser un resquicio de la original vinculación del derecho a la salud con el régimen de la Seguridad Social, ya que en los hechos el sistema no funciona bajo la modalidad del seguro). En el apartado 2 se estudiará con detalle el problema de la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública.

En cuanto a la efectividad, la Ley General de Sanidad dispone que “la organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación” y “la prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados” deben ser características fundamentales del Sistema Nacional de Salud⁷. En el apartado 3 se analizarán las condiciones de efectividad del derecho a la salud en su dimensión de acceso a las prestaciones sanitarias públicas.

⁵ Arts. 3.2, 3.3 y 12, Ley General de Sanidad.

⁶ Arts. 2.a y 2.b, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud.

⁷ Art. 46, Ley General de Sanidad.

2. La titularidad del derecho a la salud: el problema de la universalidad

2.1. *Qué es (y qué no es) la universalidad de los derechos sociales*

Es un lugar común en los estudios sobre derechos humanos, y en particular sobre derechos sociales, el afirmar que estos derechos son universales en su titularidad, aunque el consenso sea mucho menor a la hora de definir qué significa exactamente atribuirle el predicado de universalidad a un determinado derecho⁸. No nos interesa aquí considerar en toda su extensión la cuestión de la universalidad de los derechos humanos, aunque sí resulta necesario señalar como punto de partida que la universalidad que pueda predicarse en relación con la titularidad de un derecho tendrá siempre carácter relativo. En efecto, decir que la titularidad de un derecho es universal sólo puede querer decir que ella corresponde a la totalidad de sujetos que componen un determinado conjunto; pero nada supone esta afirmación en relación con la manera misma en que ese conjunto es delimitado.

Los derechos humanos reconocidos en Constituciones y tratados internacionales son siempre derechos de los individuos (o de los grupos) que pertenecen a una determinada categoría de individuos (o de grupos), aunque la formulación literal del derecho ocupe vocablos tan amplios como *todos* o *nadie* para delimitar su titularidad. Es comúnmente aceptado, por ejemplo, que el derecho de propiedad, aunque se formule como el derecho de *toda persona*, es en realidad el derecho de los propietarios a mantener la propiedad que ya poseen (y no el derecho de los no propietarios a acceder a la propiedad). Incluso la titularidad de los más universales de entre los derechos universales está siempre limitada a un conjunto determinado de sujetos. El derecho a no ser torturado es un derecho de toda persona humana, lo que excluye del ámbito de la titularidad, por ejemplo, a los primates no humanos.

Estas consideraciones por supuesto también son válidas en relación con el derecho a la salud en España. La Ley General de Sanidad estableció que el derecho “a la protección de la salud y a la atención sanitaria” corresponde “a *todos* los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”, mientras que las personas extranjeras no residentes y españolas residentes en el extranjero tienen garantizado el derecho en la forma que establezcan las leyes y tratados aplicables⁹. En

⁸ Ver, entre muchos otros, Laporta, Francisco; “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, 4, 1987, pp. 23-46. Alexy, Robert; “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y libertades*, 8, 2000, pp. 21-42. Donnelly, Jack; “The relative universality of Human Rights”, en Donnelly, Jack, *International Human Rights*, Nueva York: Routledge, 2020.

⁹ Art. 1.2 y 1.3, Ley General de Sanidad (énfasis añadido).

un sentido semejante, la Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud, en su versión original, reconocía el derecho “a la protección de la salud y a la atención sanitaria” a las personas de nacionalidad española, a las personas de nacionalidad de los Estados miembros de la UE y asociados en los términos establecidos en los tratados aplicables y a las demás personas extranjeras en los términos establecidos en la Ley de Extranjería¹⁰. Bajo esta configuración legal, vigente hasta el año 2012, se solía afirmar que el derecho a acceder a las prestaciones sanitarias con cargo a fondos públicos tenía carácter universal. En términos generales, parece que el legislador utilizaba la idea de *universalidad* como equivalente a *cobertura de toda la población residente*.

Saber si tal afirmación era o no correcta (es decir, si el derecho a acceder a las prestaciones sanitarias con cargo a fondos públicos tenía realmente carácter universal) requiere, como se ha dicho antes, establecer cuál es el *universo* de sujetos de referencia. Por ejemplo, la primera enunciación de la Ley General de Sanidad consagraba efectivamente la universalidad del acceso a las prestaciones sanitarias públicas si el universo considerado es el de las personas residentes en España; pero no consagraba tal universalidad si el universo considerado es otro (por ejemplo, el de las personas que se encuentran, aunque sea transitoriamente, en España). Por eso, la pregunta sobre la universalidad es una pregunta puramente formal, que no resuelve la cuestión de fondo verdaderamente relevante acerca de la justificación ética o política de una determinada configuración del universo de los sujetos protegidos.

Bajo el régimen vigente hasta 2012, la lista de titulares del derecho a acceder a las prestaciones sanitarias públicas era muy amplia. Ahora bien, el acceso a las prestaciones sanitarias se consigue a través de la obtención de una tarjeta sanitaria individual y el Real Decreto que, poco después de la adopción de la Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud, reglamentó la expedición de esta tarjeta dispuso que las Administraciones sanitarias autonómicas (en las Comunidades Autónomas) y el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA, en Ceuta y Melilla) emitirían la tarjeta “a las personas residentes en su ámbito territorial que tengan acreditado el derecho a la asistencia sanitaria pública”¹¹. De este modo, el acceso a las prestaciones sanitarias públicas dependía de la residencia en el territorio (lo que dejaba fuera a los transeúntes) y de que no existiera una circunstancia que privara a la persona del derecho a la

¹⁰ Art. 3, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud, versión original.

¹¹ Art. 2.1, Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual.

asistencia sanitaria pública (como sucede, por ejemplo, con ciertos colectivos cuya protección sanitaria debe correr por cuenta de ciertos agentes específicos de acuerdo con otras disposiciones legales¹²).

Esta delimitación de la titularidad del derecho era reafirmada en relación con las personas nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y asociados por el Real Decreto que regula su entrada y permanencia en España. Según éste, los ciudadanos de la Unión Europea gozan de “igualdad de trato respecto de los ciudadanos españoles en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea” (hoy Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) a condición de residir en España¹³. En cuanto a las personas extranjeras no comunitarias, al momento de la entrada en vigor de la Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud, la Ley de Extranjería establecía como único requisito para acceder a las prestaciones sanitarias “en las mismas condiciones que los españoles” la inscripción en el padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual. Por otro lado, independientemente de esta inscripción, la Ley de Extranjería garantizaba en todo caso la atención sanitaria de menores de 18 años y de mujeres embarazadas durante el embarazo, parto y postparto, así como la atención pública de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta el alta médica¹⁴.

Señalar que la titularidad del derecho a acceder a las prestaciones estaba subordinada a la residencia en el territorio y a la ausencia de ciertas causas de exclusión no supone, de por sí, criticar el sistema en cuestión. Como se explicó más arriba, la titularidad de cualquier derecho, por muy *universal* que sea, requiere la delimitación del conjunto de individuos o grupos al que se atribuye. La verdadera discusión no es si un determinado régimen asegura o no la titularidad *universal* de determinado derecho, sino cómo

¹² Así sucede, por ejemplo, con los extranjeros que se encuentran en España bajo una autorización de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (art. 38, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, *BOE*, A-2011-7703, 30/04/2011 [a partir de ahora, RD 557/2011]); con los extranjeros que se encuentran en España bajo una autorización de residencia temporal no lucrativa (art. 46, RD 557/2011); y con los ciudadanos de la Unión Europea que quieran residir en España por más de tres meses sin desempeñar una actividad laboral por cuenta propia o ajena (art. 7.1, Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, *BOE*, A-2007-4184, 28/02/2007 [a partir de ahora, RD 240/2007]). Todas estas personas están obligados a contar con un seguro de enfermedad. De manera parecida, las personas que ostentan la condición de mutualista o beneficiario de los regímenes especiales de la Seguridad Social tienen la cobertura sanitaria determinada en el régimen de cada mutualidad, la que se hace con cargo a ese específico régimen (disposición adicional séptima, Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, *BOE*, A-2012-10477, 04/08/2012 [a partir de ahora, RD 1192/2012]).

¹³ Art. 3.4, RD 240/2007.

¹⁴ Art. 12, Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *BOE*, A-2000-544, 12/01/2000 (a partir de ahora, Ley de Extranjería), versión original. La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, *BOE*, A-2009-19949, 12/12/2009, realizó un pequeño cambio en la redacción del artículo que no alteró su sustancia.

se define el colectivo al que se le atribuye esa titularidad. Como se explicará en lo que sigue, una reforma de 2012 redefinió los términos del derecho a la asistencia sanitaria pública dejando fuera de él, entre otros colectivos, al de las personas extranjeras que se encontraran en situación administrativa irregular (sub-apartado 2.2). Una contra-reforma de 2018 volvió a incluir a estas personas en la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública, aunque por una vía especial que supone singularizar su situación en relación con la del resto de titulares del derecho (sub-apartado 2.3).

2.2. La irregularidad migratoria como causa de exclusión

En 2012, en el contexto de una grave crisis económica, el Real Decreto-Ley 16/2012 introdujo un cambio radical en la titularidad del derecho al acceso a las prestaciones sanitarias públicas¹⁵. El criterio de base dejó de ser la residencia en territorio español para ser el aseguramiento: sólo tendrían acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud aquellas personas (nacionales o extranjeras) que cotizaran o hubieran cotizado al sistema de Seguridad Social: trabajadores por cuenta propia o ajena de alta en la Seguridad Social, pensionistas, perceptores de una prestación periódica de la Seguridad Social y personas que hubieran agotado la prestación o subsidio por desempleo¹⁶. Las personas que no se encuadraran en ninguno de los supuestos anteriores podrían acceder a esas mismas prestaciones siempre que se encontraran residiendo legalmente en España y no superaran el límite de ingresos determinado reglamentariamente (que el reglamento correspondiente estableció en 100 mil euros anuales)¹⁷.

Quienes no tenían por sí mismos la condición de sujetos asegurados podían acceder al sistema sanitario en carácter de beneficiarios de un asegurado, a condición de residir en España (residir legalmente, según aclaró el reglamento) y tener cierto vínculo familiar con un asegurado (cónyuge o persona con análoga relación de afectividad oficialmente inscrita, ex cónyuge a cargo del asegurado, descendientes y personas asimiladas a cargo del asegurado que fueran menores de 26 años o tuvieran una discapacidad en grado igual o superior al 65%)¹⁸. Finalmente, aquellas personas que no tuvieran la condición de aseguradas o

¹⁵ 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, *BOE*, A-2012-5403, 24/04/2012 (a partir de ahora, RD-L 16/2012).

¹⁶ Art. 3.2, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud según redacción del RD-L 16/2012.

¹⁷ Art. 3.2, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud según redacción del RD-L 16/2012. Art. 2, RD 1192/2012). El Tribunal Constitucional declaró que la remisión al reglamento para determinar el límite máximo de renta a partir del cual se perdía el derecho a la asistencia pública era inconstitucional por vulnerar la exigencia de reserva de ley contenida en el art. 43.2 de la Constitución en relación con el derecho a la salud. STC 139/2016, de 21 de julio.

¹⁸ Art. 3.4, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud según redacción del RD-L 16/2012. Art. 3, RD 1192/2012.

de beneficiarias podían obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de una contraprestación derivada de la suscripción de un convenio especial¹⁹.

Como se advierte, el derecho a acceder a las prestaciones sanitarias con cargo a fondos públicos dependía de la aplicación de los criterios de residencia, nacionalidad, aseguramiento y renta. Para acceder a estas prestaciones era necesario residir *legalmente* en España, lo que suponía una ventaja para las personas residentes de nacionalidad española, dado que su residencia es siempre legal. Los ciudadanos de la Unión Europea tienen, como es sabido, un régimen más favorable de entrada y permanencia en España que el de la generalidad de los extranjeros. Sin embargo, el propio Real Decreto-Ley 16/2012, por medio de una reforma a la normativa sobre ingreso y permanencia de los ciudadanos europeos, aplicó también a este colectivo el criterio del aseguramiento, ya que los ciudadanos de la Unión Europea que desearan residir en España y no fueran trabajadores por cuenta propia o ajena (o estuvieran en alguna de las situaciones asimiladas a éstas) debían contar con un seguro de enfermedad²⁰. En caso de no contar con tal seguro, no podrían registrarse como residentes y quedarían en situación irregular (de manera semejante a las personas extranjeras no comunitarias), salvo que pudieran acceder al registro por otra vía (por ejemplo, por reagrupación familiar de una persona que tuviera un derecho propio a residir). Las personas extranjeras no comunitarias debían tener una autorización para residir en España y, al igual que las extranjeras comunitarias, satisfacer el requisito del aseguramiento.

Por supuesto, las personas extranjeras (comunitarias o no comunitarias) siempre podían acceder a las prestaciones sanitarias públicas sin satisfacer el requisito del aseguramiento si sus rentas quedaban por debajo del umbral reglamentariamente establecido (que era, de hecho, muy alto). Sin embargo, el acceso a las prestaciones sanitarias públicas por la vía de la renta sólo estaba abierta para quienes se encontraran en situación migratoria regular, por lo que en última instancia el criterio de la regularidad migratoria resultaba definitorio. A las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, el Real Decreto-Ley 16/2012 reconoció solamente ciertas prestaciones mínimas (supuestos de urgencia; atención al embarazo, parto y postparto; y asistencia de menores de dieciocho años)²¹.

¹⁹ Art. 3.5, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud según redacción del RD-L 16/2012.

²⁰ Art. 7.1, RD 240/2007 según redacción del RD-L 16/2012.

²¹ Art. 3 ter, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud según redacción del RD-L 16/2012.

Como pusieron de manifiesto en su día varios estudios, la crisis económica iniciada en 2008 derivó en un importante recorte de derechos sociales²². El Real Decreto-Ley 16/2012 no fue sino una muestra de esta tendencia²³. La exclusión de las personas extranjeras en situación irregular fue cuestionada por varios organismos internacionales que la consideraron violatoria de normas internacionales de derechos humanos en razón de su carácter regresivo o, inclusive en algunos casos, discriminatorio²⁴. El mencionado Real Decreto-Ley fue objeto de una abundante literatura jurídica, que abordó los diversos aspectos técnicos que dejó abiertos una reforma que, más allá de la valoración ética o política que se pueda hacer de su contenido, no se caracterizó por la precisión o la transparencia²⁵.

Debe tenerse en cuenta además que la reforma introdujo el criterio del aseguramiento sobre la base de las cotizaciones a la Seguridad Social, ignorando el hecho de que las prestaciones sanitarias se financian con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, con independencia de tal sistema de cotizaciones²⁶. Esto es, al momento de adoptarse el Real Decreto-Ley 16/2012, el disfrute de las prestaciones sanitarias era independiente del pago de una cotización a la Seguridad Social por parte del titular del derecho a la prestación. Tal estado de cosas había sido el resultado de una evolución histórica que supuso dissociar el acceso a ciertas prestaciones respecto del ejercicio de una actividad asalariada. En efecto, los primeros

²² Calvo García, Manuel; “La efectividad de los derechos sociales en tiempos de crisis”, en Bernuz Benítez, María José y Calvo García, Manuel, *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 89-132. Arlettaz, Fernando; “Las políticas migratorias como válvula frente a la crisis”, en Gómez Quintero, Juan y Marcuello Servós, Chaime *Políticas públicas y sociales en la encrucijada: incertidumbre, complejidad y cambio*, Zaragoza: Prensa Universitarias de Zaragoza, 2014, pp. 189-199. Calvo García, Manuel; “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, en Innerarity, Daniel y Aymerich Ojea, Ignacio, *Derechos Humanos y políticas públicas europeas*, Madrid: Paidós, 2016, pp. 227-262.

²³ Lema Añón, Carlos; “La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad”, en Bernuz Benítez, María José y Calvo García, Manuel, *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 221-258.

²⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas; *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobadas en el 48º período de sesiones del 30 de abril al 18 de mayo de 2012, tras el examen del informe presentado por España*, 2012, párr. 19. European Committee of Social Rights; *Conclusions XX-2 (Spain) Articles 3, 11, 12, 13 and 14 of the 1961 Charter*, 2013, párrs. 12-14. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas; *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al sexto informe periódico de España, aprobadas en el 63º período de sesiones el 29 de marzo de 2018*, 2018, párr. 42.

²⁵ Sagarra i Trias, Eduard; “¿Puede limitarse el derecho al acceso a la sanidad pública sin debate parlamentario previo?”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 30, 2012, pp. 207-222. Aprell Lasagabaster, Concha; “El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos 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 las prestaciones”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 32, 2013, pp. 1-23. Delgado del Rincón, Luis E.; “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista De Estudios Políticos*, 163, 2014, pp. 189-231. Solanes Corella, Ángeles, “La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica”, *Derechos y libertades*, 31, 2014, pp. 121-167.

²⁶ Art. 86.2, Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *BOE*, A-2015-11724, 31/10/2015, según redacción dada por Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, *BOE*, A-1997-15810, 16/07/1997.

regímenes de prestaciones sanitarias, como el Seguro Obligatorio de Enfermedad establecido en 1942 bajo la órbita del Instituto Nacional de Previsión, cubrían los riesgos sanitarios mediante el pago de una cuota vinculada al trabajo asalariado, bajo la premisa de que es el trabajo remunerado el que confiere el acceso a la ciudadanía plena. La reforma operada en 2012 implicó un regreso parcial a esta lógica original, en la medida en que subordinó el acceso a las prestaciones sanitarias a una cierta cotización (aunque, de hecho, esas prestaciones no fueran cubiertas financieramente con lo obtenido por tal cotización).

Los cuestionamientos más certeros al cambio de régimen que tuvo lugar en 2012 fueron seguramente los basados en motivos ético-políticos más que los fundados en motivos técnico-jurídicos. En efecto, el hecho de que la Constitución española garantice el derecho a la salud sin ninguna cualificación subjetiva y que disponga que la ley debe establecer los derechos y deberes de *todos* a este respecto no quiere decir que el legislador se vea impedido, en el ejercicio de su competencia de especificar ese derecho, de modular el acceso a las prestaciones de salud pública en función de ciertos criterios.

La pregunta no es, pues, si la referencia genérica a *todos* en la Constitución obliga al legislador a garantizar las mismas prestaciones con cargo a fondos públicos a cualquier persona, sino si desde un punto de vista ético-político la exclusión establecida por el Real Decreto-Ley 16/2012 en perjuicio de ciertas personas extranjeras era razonable²⁷. En este sentido, al analizar el tema, la mayoría del Tribunal Constitucional rechazó que existiera inconstitucionalidad con base en su conocida distinción tripartita de los derechos fundamentales: hay derechos inherentes a la dignidad humana, que corresponden por igual a todas las personas con independencia de su nacionalidad; hay derechos, como los políticos, que sólo corresponden a las personas nacionales; hay, finalmente, derechos que corresponden a las personas de

²⁷ La idea de *razonabilidad* está presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español como criterio para evaluar, bajo la óptica del principio de igualdad, las distinciones establecidas legal o reglamentariamente. El Tribunal Constitucional se ubica en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que exige que las distinciones normativas tengan una *justificación objetiva y razonable*. No resulta posible extenderse aquí en un análisis más detallado de este criterio. Ver al respecto Arnadóttir, Oddný M.; *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, La Haya: Martinus Nijhoff, 2003. Giménez, David; *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Valencia: Bosch, 2004. Rey Martínez, Fernando; “De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, pp. 167-181. Roca Trías, Encarnación y Ahumada Ruiz, M. Ángeles., “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, *Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, 2013, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%202013.pdf>. Rainey, Bernadette, McCormick, Pamela y Ovey, Clare; “Freedom from discrimination”, en Rainey, Bernadette, McCormick, Pamela y Ovey, Clare, *European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2021. Rey Martínez, Fernando; “Igualdad y prohibición de discriminación”, en Biglino Campos, Paloma et al, *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Madrid: Aranzadi, 2022, pp. 435-462.

nacionalidad española y que corresponderán o no a las personas extranjeras según lo que establezcan los tratados y las leyes. La protección de la salud entraría en esta última categoría²⁸.

El problema de esta argumentación, como lo señalaron los votos disidentes en la misma sentencia constitucional, es que decir que la especificación de un determinado derecho depende de una intervención legislativa no nos aclara si la intervención legislativa concretamente ejecutada resulta razonable. Al tratarse de una regulación claramente regresiva en comparación con el marco normativo preexistente, el Tribunal debería haber realizado “un esfuerzo de motivación para explicar las razones que pueden dotar de la obligada cobertura constitucional a la reversibilidad de los ámbitos subjetivo y objetivo de un derecho social ya alcanzado”²⁹. Para sostener tal reversión sería necesario encontrar argumentos que justifiquen la exclusión de aquellas personas concretas que han resultado excluidas por la reforma. “La cuestión no es si el legislador (en este caso el Gobierno ejerciendo funciones de legislador de urgencia) puede imponer el pago de los servicios sanitarios públicos o no. Desde luego, puede hacerlo y de hecho lo hace también para los españoles a través del mecanismo de copago [...] La cuestión es si, una vez previsto un sistema universal y gratuito (sea la gratuidad absoluta o relativa) o de altas bonificaciones públicas [...], puede excluirse de ese modelo a determinado colectivo cuyos integrantes deberán pagar por los servicios públicos, como si de un prestador privado de servicios sanitarios se tratase, o deberán dirigirse directamente a un servicio privado de salud. Yendo algo más allá en el razonamiento, el tema esencial, el que nos coloca de verdad ante el dilema de la constitucionalidad de la medida que aquí se discute, es si la exclusión de un determinado colectivo puede basarse en un criterio como el origen nacional o la condición administrativa vinculada a la residencia legal, circunstancias éstas que ninguna

²⁸ STC 139/2016, de 21 de julio, apartado 10. La doctrina sentada en la STC 139/2016 es reiterada por el Tribunal en las decisiones posteriores que resuelven los recursos presentados por las demás Comunidades Autónomas. STC 183/2016, de 3 de noviembre. STC 33/2017, de 1 de marzo. STC 64/2017, de 25 de mayo. STC 98/2017, de 20 de julio. STC 63/2017, de 25 de mayo. Ver Sangüesa Ruíz, Nuria; “Exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito al Sistema público de salud en España. Sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional”, *Biolaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2017, pp. 233-247. Delgado del Rincón, Luis E.; “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular: reflexiones críticas sobre la reciente jurisprudencia constitucional acerca de las restricciones introducidas por el Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, 2018, pp. 287-314.

²⁹ STC 139/2016, de 21 de julio, voto del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré al que se adhiere la magistrada Adela Asua Batarrita, apartado III (resaltado en el original). El voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos adhirió también a ese apartado del voto particular previo.

conexión tienen con la capacidad económica que, al menos a priori, debería ser la condición determinante para exigir o no el pago de determinados servicios”³⁰.

La regresión en el reconocimiento de los derechos sociales no debe considerarse completamente prohibida. Sin embargo, su legitimidad debe evaluarse con criterio restrictivo³¹. En el caso de la reforma de 2012, el argumento central para la exclusión de un colectivo del acceso a la protección sanitaria fue la necesidad de garantizar la sostenibilidad del sistema sanitario; es decir, se trataba de un argumento económico. Un sindicato calculaba en 2015 que había unas 600 mil personas extranjeras residiendo sin tener el permiso correspondiente, lo que teniendo en cuenta el coste medio de la atención sanitaria por persona supondría unos 778 millones de euros en cobertura sanitaria. El ahorro de la medida en cualquier caso habría sido inferior, porque el coste por persona utilizado como referencia incluye gastos fijos que se mantienen igualmente y porque parte del gasto en personas extranjeras sin permiso de residencia continuó realizándose por la vía de las prestaciones excepcionales (menores de 18 años, mujeres embarazadas y urgencias)³².

Aunque hay consenso en que la distinción tajante entre derechos civiles de carácter negativo y derechos sociales de carácter positivo debe tenerse por superada³³, es innegable que el reconocimiento de los derechos sociales exige la movilización de ingentes recursos económicos y humanos. De hecho, el coste de los derechos sociales es habitualmente un argumento en favor de la prudencia en la consagración o incluso la limitación del acceso a tales derechos³⁴. Por supuesto, los argumentos económicos son importantes en el diseño de cualquier política pública. Pero no debe perderse de vista que, dado que toda actuación pública tiene costes, la existencia mismas de tales costes no es de por sí un argumento contrario

³⁰ STC 139/2016, de 21 de julio, voto del magistrado Fernando Valdés Dal-Ré al que se adhiere la magistrada Adela Asua Batarrita, apartado III (resaltado en el original). El voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos adhirió también a ese apartado del voto particular previo.

³¹ Añón Roig, María José; “¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?”, *Derechos y Libertades*, 34, 2016, pp. 57-90. Añón Roig, María José; “Derechos humanos y deberes: efectividad y prohibición de regresividad”, en Ródenas, Angeles (ed.), *Repensar los derechos humanos*, Lima: Palestra, 2018, pp. 263-306. Añón Roig, María José; “Human Rights obligations, especially in times of crisis”, *The Age of Human Rights Journal*, 17, 2021, pp. 1-26.

³² Comisiones Obreras; *Asistencia sanitaria a personas sin permiso de residencia en España*, 11/12/2015, <https://www.ccoo.es/76c78a770ce6a44252c6b6108b5b65b4000001.pdf>.

³³ Ruiz Miguel, Alfonso; “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 651-674. Pisarello, Gerardo; *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*, Madrid: Editorial Trotta, 2007.

³⁴ Ansuátegui Roig, Francisco J.; “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en Zapatero, Virgilio y Garrido Gomez, María Isabel (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Madrid: Universidad de Alcalá, 2009, pp. 143-163.

a cierta actuación. De lo que se trata es de discutir cómo distribuir los (limitados) recursos públicos en favor de una u otra actuación, no de descartar determinada actuación porque sea costosa. Por otra parte, como han mostrado otros estudios, también los derechos civiles y políticos tienen costes³⁵, aunque la discusión al respecto se vea habitualmente oscurecida bajo la presunción de que tales derechos son puramente negativos.

Hasta qué punto las prestaciones sanitarias pueden reducirse para garantizar la sostenibilidad del sistema es por supuesto una cuestión discutible. El Comité Europeo de Derechos Sociales, en una posición quizá no del todo realista, ha afirmado que “la crisis económica no debería tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos en la Carta [Social Europea]”³⁶. El verdadero punto de discusión es una vez más el de cómo se define el colectivo que es titular de un derecho: no se trata de preguntarse si, en un contexto de crisis económica, pueden cambiar los criterios de definición de la titularidad de un derecho. Se trata de preguntarse si el cambio concreto en la definición del universo de titulares es razonable.

2.3. *La irregularidad migratoria y la dualidad del acceso a la salud*

La aplicación del Real Decreto-Ley 16/2012 fue claramente desigual entre las Comunidades Autónomas. Mientras algunas lo aplicaron de manera literal, anulando las tarjetas sanitarias sin ofrecer ninguna vía alternativa de acceso a la sanidad, otras lo ignoraron completamente y continuaron atendiendo a los inmigrantes tal como lo habían venido haciendo hasta ese momento. En el medio, la mayoría de las Comunidades Autónomas desarrollaron programas específicos para la atención de migrantes en algunos casos o establecieron excepciones a la regla de la exclusión más amplias que las que estaban establecidas en el propio Real Decreto-Ley³⁷.

³⁵ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R.; *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

³⁶ European Committee of Social Rights, *GENOP-DEI and ADEDY v. Greece*, Complaints No. 65/2011 and No. 66/2011, decisions on the merits of 23 May 2012, párr. 16 y 12. Ver también European Committee of Social Rights, *IKA-ETAM v. Greece*, Complaint No. 76/2012, decision on the merits of 7 December 2012, párr. 79.

³⁷ Moreno Fuentes, Francisco J.; “El puzzle de la exclusión sanitaria de los inmigrantes indocumentados en España”, *Anuario de la inmigración en España 2014*, Barcelona: CIDOB, 2015, pp. 278-299. Delgado del Rincón, Luis E.; *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Las soluciones adoptadas por las Comunidades Autónomas fueron muy heterogéneas, tanto en lo que respecta a la jerarquía de la normativa utilizada como en lo referido a las prestaciones cubiertas³⁸. La mayoría de las Comunidades incluyeron en estos mecanismos alternativos todas las prestaciones de la cartera de servicios del sistema de salud; sin embargo, algunas de ellas establecieron limitaciones, en particular en lo que se refería a la aportación que cada usuario debe hacer para la adquisición de productos farmacéuticos. En cuanto a los requisitos, muchas (pero no todas) las Comunidades Autónomas exigieron estar empadronado o incluso estar empadronado con una cierta antigüedad mínima en el territorio de la Comunidad. La exigencia de no tener recursos económicos aparecía también en la mayoría de las normativas autonómicas, aunque la implementación del requisito era heterogénea.

La puesta en funcionamiento de estos mecanismos autonómicos paliativos de la exclusión del acceso a las prestaciones sanitarias decretada a nivel estatal tuvo al menos dos consecuencias en relación con la titularidad del derecho a la salud. Por un lado, supuso singularizar un colectivo específico (el de las personas extranjeras en situación irregular) subordinando su acceso a las prestaciones sanitarias a un trámite diferente del de la generalidad de los titulares del derecho de acceso a la sanidad pública. El acceso a la sanidad por parte de este colectivo estaba caracterizado por su fragilidad, ya que había sido reconocido por normas autonómicas que en muchos casos tenían rango de simple instrucción administrativa, y en algunos casos también por la limitación material del contenido de las prestaciones, que resultaban más reducidas que las de la generalidad de titulares del derecho a las prestaciones sanitarias públicas.

Por otro lado, el hecho de que el acceso a la sanidad pública surgiera de decisiones autonómicas agregaba a este cuadro, además de una gran dispersión en el régimen normativo, la heterogeneidad propia de la definición de derechos fundamentales por parte de niveles de gobierno sub-estatales. Esta particularidad, aunque afectaba de manera muy particular al colectivo de migrantes en situación irregular, no era sin embargo una novedad en el panorama español. Es sabido que el régimen de bienestar español, al estar conformado por un conjunto de subsistemas gestionados por las administraciones autonómicas a partir de la legislación básica adoptada por el Gobierno central, se caracteriza por su alto grado de descentralización. De esta manera, los derechos sociales pueden asumir contenidos muy distintos en cada

³⁸ El Comité Europeo de Derechos Sociales, que en anteriores revisiones había sido muy duro con España por la exclusión de los extranjeros en situación irregular de la asistencia sanitaria, se dio sin embargo por satisfecho con la cobertura otorgada por las Comunidades Autónomas. European Committee of Social Rights; *Conclusions XX-2 (Spain) Article 13-1 of the 1961 Charter*, 2017.

uno de los subsistemas. Estudios previos han mostrado que el contenido concreto de esos derechos depende de factores como las prioridades políticas y la ideología de los Gobiernos regionales o los recursos que sean capaces de movilizar estos Gobiernos³⁹.

Además, la estructura cuasi-federal del Estado español añade dudas en relación con la extensión de las competencias para delimitar la titularidad de derechos fundamentales. La competencia de los Gobiernos autonómicos para ampliar el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional, que resolvió que tales Gobiernos no podían ir más de lo que estableciera la norma básica estatal en la determinación de la titularidad del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias públicas. La norma básica estatal, que tiene una “clara vocación de exhaustividad”, obtura de este modo cualquier posibilidad de ampliación de la titularidad del derecho en cuestión por parte de los Gobiernos autonómicos. El resultado de aplicar este criterio fue, obviamente, la declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de varias de las normas autonómicas que habían abierto la opción del acceso a la sanidad pública por las personas extranjeras en situación irregular⁴⁰. Así las cosas, si la reacción al Real Decreto-Ley 16/2012 había puesto en jaque cierta idea uniforme del derecho a la salud, por medio de una fragmentación normativa originada en la actividad de las Comunidades Autónomas, la respuesta del Tribunal Constitucional recuperó la idea de la uniformidad, pero al precio de mantener la exclusión del colectivo de migrantes en situación irregular.

En este contexto, la contra-reforma introducida por el Real Decreto-Ley 7/2018 realizó un movimiento peculiar⁴¹. Por un lado, volvió a la retórica original de la Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud en lo relativo a la universalidad (entendida como cobertura del *universo* de personas residentes) del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria pública. En este sentido, declaró titulares de tal derecho a las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español, sin perjuicio de las prestaciones que surgieran para ciertos colectivos por aplicación del derecho comunitario o de convenios bilaterales⁴². Sin embargo, por otro lado, estableció una vía general de acceso a las prestaciones sanitarias públicas abierta sólo para las

³⁹ Moreno Fuentes, Francisco J.; “Inmigración, Estado de bienestar y gobierno multi-nivel en España”, *Ekonomiaz*, 81, 2012, pp. 230-255.

⁴⁰ STC 134/2017, de 16 de noviembre. STC 145/2017, de 14 de diciembre. STC 17/2018, de 22 de febrero. STC 18/2018, de 22 de febrero.

⁴¹ Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, *BOE*, A-2018-10752, 30/07/2018 (a partir de ahora, RD-L 7/2018). El RD-L 7/2018 fue convalidado por el Congreso el 6 de septiembre de 2018.

⁴² Art. 3.1, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud según redacción del RD-L 7/2018.

personas que residieran en España de manera regular; para quienes se encuentren en situación irregular, el Real Decreto-Ley 7/2018 creó un sistema paralelo de protección muy semejante al que, hasta ese momento, estaba vigente en la mayoría de las Comunidades Autónomas con base en la propia normativa autonómica. De este modo, la reforma de 2018 elevó al rango de situación normalizada a nivel estatal lo que hasta ese momento había sido solamente un *parche* puesto por la normativa autonómica.

En efecto, en el régimen resultante del Real Decreto-Ley 7/2018 y actualmente en vigor, el derecho a la salud y a la atención sanitaria sólo puede hacerse efectivo “con cargo a fondos públicos” por parte de: 1) las personas de nacionalidad española con residencia habitual en territorio español; 2) las personas que tengan reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia; 3) las personas extranjeras *con residencia legal y habitual* en el territorio español que no tengan la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía⁴³. Las personas que no encuadren en ninguno de los supuestos anteriores pueden tener acceso a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos mediante el pago de una contraprestación⁴⁴.

Las personas extranjeras comunitarias registradas como residentes, que gozan de “igualdad de trato respecto de los ciudadanos españoles en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”⁴⁵, sólo pueden acceder a las prestaciones sanitarias públicas en la medida en que sean trabajadores por cuenta propia o ajena (o estén en alguna de las situaciones asimiladas a éstas), ya que en caso contrario deben contar con un seguro de enfermedad como requisito para registrar su residencia⁴⁶. Esto así ya que el Real Decreto-Ley 7/2018 no modificó la redacción que el Real Decreto-Ley 16/2012 había dado a la normativa que regula el ingreso y la permanencia bajo el régimen comunitario. Más bien al contrario: reforzó la situación preexistente al excluir de la asistencia pública a las personas extranjeras que tengan la obligación de acreditar la cobertura sanitaria por otra vía, como es el caso de las personas nacionales de la Unión Europea que no cumplen el requisito del aseguramiento por no ser trabajadores por cuenta propia o ajena. Las personas extranjeras no comunitarias autorizadas como residentes, por su

⁴³ Art. 3.2, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud según redacción del RD-L 7/2018.

⁴⁴ Art. 3.3, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud según redacción del RD-L 7/2018.

⁴⁵ Art. 3.4, RD 240/2007.

⁴⁶ Art. 7.1, RD 240/2007 según redacción del RD-L 16/2012.

parte, sólo pueden acceder a la asistencia sanitaria pública si la obtención de la autorización de residencia no está subordinada a la acreditación previa de algún tipo de cobertura sanitaria (como sucede, por ejemplo, con las autorizaciones de residencia no lucrativa). En cualquier caso, la normativa aclara que quienes están amparados por convenios bilaterales tienen la protección que corresponda según la normativa internacional aplicable, incluso cuando no sean residentes⁴⁷.

La disposición que establece quiénes pueden “hacer efectivo” el derecho a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos es imprecisa y farragosa, entre otras razones porque no aclara cuál es el criterio de habitualidad de la residencia, cuáles son los otros títulos jurídicos que permiten el acceso a las prestaciones o cuáles son las situaciones que obligan a acreditar la cobertura sanitaria por otra vía⁴⁸. Por otra parte, el objetivo de *universalización* de la sanidad pública (entendido como desvinculación de la titularidad del derecho a las prestaciones sanitarias públicas respecto del criterio del aseguramiento y utilización del criterio de la residencia para definir el universo de sujetos titulares), que el legislador dice asumir, no resulta totalmente conseguido. En primer lugar, en el caso de las personas extranjeras con residencia legal en España, el criterio de exclusión por la obligación de acreditar la asistencia sanitaria por otra vía hace que no todas ellas tengan acceso gratuito a los servicios sanitarios públicos. En segundo lugar, en los hechos y a pesar de la reforma de 2018, se sigue aplicando una ficticia distinción entre quienes tienen acceso a las prestaciones sanitarias por su condición de asegurados o beneficiarios en los términos del antiguo régimen y quienes acceden a las mismas al amparo de la nueva normativa sin tener tal condición⁴⁹.

A las personas extranjeras “no registradas ni autorizadas como residentes en España”⁵⁰, la reforma de 2018 les reconoció, en el plano teórico, el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en

⁴⁷ Art. 3.1, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud según redacción del RD-L 7/2018.

⁴⁸ Entre los otros títulos jurídicos que permiten el acceso a las prestaciones estarían, por ejemplo, los que permiten exportar el derecho a la cobertura sanitaria desde el país de origen o los regímenes especiales para trabajadores transfronterizos.

⁴⁹ Delgado del Rincón, Luis E.; “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio”, *Revista de Estudios Políticos*, 186, 2019, pp. 105-136. Ver también Gómez Zamora, Leopoldo J.; “Comentario del Real Decreto 7/2018 de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud”, *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-la Mancha*, 15, 2018, pp. 281-330.

⁵⁰ El mecanismo excepcional no es aplicable a quienes se encuentren en situación de estancia (art. 30, Ley de Extranjería) o de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (art. 33, Ley de Extranjería) porque, aunque estrictamente se trata de personas “no registradas ni autorizadas como residentes en España” (ya que su situación de estancia no es equivalente a la residencia), ellos deben disponer de un seguro de asistencia médica como condición para acceder a esa situación de estancia, de manera que aquí sí existe un tercero obligado al pago. Sin embargo, otras situaciones de estancia temporal en las que no exista un tercero obligado al pago podrían dar lugar a las prestaciones sanitarias ya que la Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud, tras la reforma de 2018,

las mismas condiciones que las personas de nacionalidad española. Ahora bien, el acceso a las prestaciones sanitarias financiadas con fondos públicos es posible solamente en España (y no en el extranjero con base en alguna norma internacional aplicable) y está subordinada a que las personas extranjeras: 1) no tengan la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable; 2) no puedan exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia; 3) no exista un tercero obligado al pago⁵¹.

Para completar el panorama, debe mencionarse el proyecto de Ley por la que se modifican diversas normas para consolidar la equidad, la universalidad y la cohesión del Sistema Nacional de Salud que se encuentra actualmente en consideración⁵². En cuanto a los sujetos titulares del derecho a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, el proyecto mantiene los tres supuestos básicos actualmente existentes (tener nacionalidad española y residencia habitual en España; tener el derecho por cualquier otro título jurídico, siempre que no exista un tercero obligado al pago; ser extranjero, tener residencia legal y habitual en España y no tener la obligación de acreditar la cobertura sanitaria por otra vía) y agrega otros dos. El primero de los agregados es el de los españoles de origen residentes en el exterior y desplazados temporalmente a España y determinados familiares suyos, siempre que la atención sanitaria no constituya “el motivo de su desplazamiento”⁵³. El segundo es el de los ascendientes extranjeros reagrupados por, y a cargo de, quien tenga derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos⁵⁴.

dispone que, en el caso de las personas que se encuentren en situación de estancia temporal será necesario, para acceder al documento certificativo que permite tales prestaciones, un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las Comunidades Autónomas. Art. 3 ter.3, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud según redacción del RD-L 7/2018. La interpretación dominante parecería ser, en cualquier caso, que la protección sólo sería posible en el caso de las situaciones excepcionales de estancia que se extendieran más allá de los 90 días. La reforma de 2018 suprimió del art. 3 ter de la Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud el derecho a la atención sanitaria de personas extranjeras en situación irregular en casos de urgencia, embarazo y minoridad. En principio esta norma parecería innecesaria en el nuevo esquema, que incorpora una protección más amplia en favor de las personas extranjeras en situación irregular. Sin embargo, dado que la protección resultante de la reforma de 2018 está supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos, una norma de cierre para las personas en situación migratoria irregular que no cumplen esos requisitos (como la existente antes de 2018) no sería totalmente superflua.

⁵¹ Art. 3 ter, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud según redacción del RD-L 7/2018.

⁵² Proyecto de Ley por la que se modifican diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, 110-1, 24/06/2022.

⁵³ Esta disposición no es novedosa, ya que la asistencia sanitaria para los españoles de origen residentes en el extranjero, durante sus desplazamientos temporales a España, está prevista en el art. 26 del Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, *BOE*, A-2008-1264, 24/01/2008. Ver también Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, *BOE*, A-2006-21991, 15/12/2006 y disposición adicional primera, RD 1192/2012.

⁵⁴ En relación con los familiares de un ciudadano europeo no parece que esta disposición tenga mucho campo de aplicación. En efecto, de acuerdo con el derecho hoy vigente, los ciudadanos europeos pueden reagrupar a sus ascendientes que vivan a su cargo (art. 2bis, RD

Para quienes no encuadren en ninguno de estos supuestos, se mantiene la posibilidad de recibir la prestación mediante un convenio especial.

Por otra parte, el proyecto incluye un artículo titulado “protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras *no titulares del derecho*” (énfasis añadido). Ahora bien, ese artículo contiene una lista de personas extranjeras que “*tienen derecho* a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas titulares del derecho” (énfasis añadido). Es decir, son personas *no titulares* del derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, que sin embargo *son titulares* de un derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que quienes sí son titulares del derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos (¿?).

Más allá de esta técnica legislativa muy poco afortunada, que parece tener como única finalidad mantener la diferenciación en el acceso a las prestaciones sanitarias para determinadas categorías de personas extranjeras, la principal innovación del proyecto en este apartado es incluir, junto a las personas extranjeras no autorizadas ni registradas como residentes (siempre que cumplieran con las mismas exigencias hoy vigentes), otras categorías de personas que tendrían derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos por esta vía singularizada (solicitantes de protección internacional; solicitantes y beneficiarios de protección temporal; víctimas de trata de seres humanos o de explotación sexual)⁵⁵. Para todas ellas se mantendría, sin embargo, la exclusión de la cobertura sanitaria fuera del territorio español. Igualmente, se añade en un punto específico el derecho de las personas extranjeras que se

240/2007). Ahora bien, si se trata de un trabajador por cuenta propia o ajena tiene un derecho incondicionado a residir en España (y, en cuanto extranjero que reside de manera legal, acceso al sistema sanitario con cargo a fondos públicos) y puede reagrupar sin más a sus ascendientes (los que, en cuanto extranjeros que residen de manera legal, también pueden acceder al sistema sanitario con cargo a fondos públicos). Si, en cambio, trata de alguien que reside de manera no lucrativa o con la finalidad de realizar estudios, el reconocimiento del derecho de residencia está subordinado a que disponga de un seguro médico para sí y para los miembros de su familia (por lo que, al no tener el propio reagrupante un derecho a la asistencia con cargo a fondos públicos, tampoco la tendrían sus familiares reagrupados). En cuanto a los familiares de las personas bajo el régimen general de extranjería, debe recordarse que quienes se encuentran en situación de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado no pueden reagrupar a sus ascendientes (art. 41, RD 557/2011), algo que por supuesto tampoco pueden hacer quienes se encuentren en situación de estancia en sentido estricto (que tiene una duración de hasta 90 días). Por lo que la disposición proyectada parecería limitada a los supuestos de reagrupación familiar por parte de extranjeros no comunitarios con título de residencia en España, siempre que la adquisición de este título no exigiera tener un seguro médico (como sucede, por ejemplo, con los residentes no lucrativos, art. 46, RD 557/2011).

⁵⁵ La prestación sanitaria para los solicitantes de protección internacional ya está actualmente contemplada (disposición adicional segunda, RD 1192/2012). Lo mismo sucede con las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal haya sido autorizada (disposición adicional quinta, RD 1192/2012).

encuentren en situación de estancia temporal, siempre que un informe previo acredite “su voluntad de residir en España” y que la atención sanitaria no constituya “el motivo de su desplazamiento”⁵⁶.

El tratamiento diferenciado de las personas extranjeras en situación administrativa irregular actualmente en vigor viene a confirmar lo que ya ha sido señalado en estudios previos en el sentido de que el acceso (o la restricción de acceso) a derechos sociales se ha convertido en una herramienta de la gestión de las migraciones⁵⁷. Estudios comparativos han mostrado que existen variaciones importantes en los Estados desarrollados en lo que se refiere al acceso a los derechos sociales por parte de las personas migrantes y que el acceso a tales derechos está subordinado a requisitos como el estatus administrativo, la duración de la residencia previa, el lugar de residencia o la satisfacción de ciertos estándares de integración⁵⁸.

A pesar de que existen evidencias de que el reconocimiento de derechos sociales es una herramienta de integración en la medida en que favorece el sentido de pertenencia y empuja a las personas migrantes a involucrarse más en la vida social y económica de las sociedades de acogida⁵⁹, en los países desarrollados avanza la tendencia conocida como *welfare chauvinism* que impulsa la idea de que los derechos sociales deben estar reservados a quienes pertenecen *verdaderamente* a la nación⁶⁰. En este sentido, las personas migrantes son generalmente consideradas como no pertenecientes al cuerpo nacional y, en esa medida, menos merecedores del acceso a las prestaciones del *welfare*⁶¹.

⁵⁶ El encaje sistemático de esta disposición no es claro. En principio, parecería limitada a la situación de estancia temporal en sentido estricto ya que para la situación de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado es necesario contar con un seguro (art. 38, RD 557/2011, salvo que el proyecto esté intentando una derogación tácita de esta disposición, lo que no parece ser el caso).

⁵⁷ Ataç, Ilker; Rosenberg, Sigelinde; “Social policies as a tool of migration control”, *Journal of Immigrant and Refugee Studies*, 17(1), 2019, pp. 1-10.

⁵⁸ Koning, Edward A.; *Inmigration and the Politics of Welfare Exclusion: Selective Solidarity in Western Democracies*, Toronto: University of Toronto Press, 2019. Schmitt, Carina y Teney, Céline; “Access to general social protection for immigrants in advanced democracies”, *Journal of European Social Policy*, 29(1), 2019, pp. 44-55.

⁵⁹ De Lucas, Javier; “Sobre la garantía de los derechos sociales de los inmigrantes”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 4. De Lucas, Javier; “Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes”, en Añón Roig, María José (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Universidad de Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 27-36. Zimmermann, Klaus et al; “Study on active inclusion of migrants Commissioned by the European Union Programme for Employment and Social Solidarity”, *IZA Research Report*, 2012, 43.

⁶⁰ Keskinen, Suvi; “From welfare nationalism to welfare chauvinism: economic rhetoric, the welfare state and changing asylum policies in Finland”, *Critical Social Policy*, 36(3), 2016, pp. 352-370. Kootstra, Anouk; *The New undeserving poor. An experimental study of welfare chauvinism in Britain and the Netherlands*, Manchester: University of Manchester, 2017.

⁶¹ Reeskens, Tim y Van der Meer, Tom; “The inevitable deservingness gap: a study into the insurmountable immigrant penalty in perceived welfare deservingness”, *Journal of European Social Policy*, 29(2), 2019, pp. 166-181. Van der Meer, Tom y Reeskens, Tim; “Welfare chauvinism in the face of ethnic diversity: a vignette experiment across diverse and homogeneous neighborhoods on the perceived deservingness of native and foreign-born welfare claimants”, *European Sociological Review*, 37(1), 2021, pp. 89-103. Alesina, Alberto,

Una vez más, y del mismo modo que sucede con la inclusión o exclusión en la titularidad de un derecho, no se trata de que el legislador no pueda establecer requisitos peculiares o vías específicas para el acceso a ciertos derechos por parte de determinados colectivos. De lo que se trata es de preguntarse si la distinción establecida resulta en sí misma razonable. En tal sentido, al singularizar la vía de acceso a las prestaciones sanitarias públicas por parte de un colectivo específico, el de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, se establece una distinción en el acceso a los derechos sociales que atenta contra la finalidad integradora que esos derechos deberían tener. Por otra parte, los concretos requisitos exigidos pueden conllevar no pocos problemas prácticos para el acceso a las prestaciones. Ambos aspectos (la finalidad integradora de los derechos sociales y los problemas prácticos para el acceso a las prestaciones) se estudiarán en el apartado siguiente.

3. El ejercicio del derecho a la salud: el problema de la efectividad

3.1. La efectividad de los derechos sociales

La teoría de los derechos sociales, que se ha desarrollado profundamente en España en los últimos años, ha puesto énfasis en la idea de que la pertenencia a la comunidad política no puede medirse exclusivamente en términos de derechos civiles y políticos, sino que por el contrario la calidad de ciudadano participante pleno requiere de mecanismos de integración en la categoría de la ciudadanía social⁶². Los derechos sociales son la bisagra central de esa integración. Al expresar expectativas de recursos y bienes asociados a la promoción de objetivos de justicia social, los derechos sociales proporcionan inmunidades frente al mercado. El reconocimiento de derechos sociales pone a disposición de los ciudadanos ciertos bienes necesarios para garantizar sus necesidades básicas. En la medida en que esta puesta a disposición se hace a través de instituciones públicas, se produce la desmercantilización de los bienes en cuestión y disminuye la dependencia de los ciudadanos en relación con el mercado⁶³.

Miano, Armando y Stantcheva, Stefanie; *Immigration and redistribution*, National Bureau of Economic Research Working Paper Series, 2022.

⁶² Esta idea, como es bien sabido, proviene de los pioneros trabajos de Marshall sobre las fases de la ciudadanía. Marshall, Thomas; "Citizenship and social class", en Marshall, Thomas y Bottomore, Tom, *Citizenship and social class*, Londres: Pluto Press, 1992 [1950], pp. 1-52.

⁶³ Añón Roig, María José; "Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 6, 2002.

En relación con los derechos sociales es de gran interés la distinción entre normatividad y efectividad. En efecto, el reconocimiento de estos derechos a través de textos con valor normativo (desde la Constitución y los tratados internacionales hasta resoluciones o instrucciones administrativas) resulta importante tanto en el plano simbólico como de la obligatoriedad jurídica. Sin embargo, la efectividad de los derechos requiere la puesta en funcionamiento de las estructuras burocráticas encargadas de las intervenciones necesarias para la ejecución de las políticas públicas de carácter social. La centralidad de la actividad legislativa y administrativa en el funcionamiento del Estado social es un dato conocido desde hace tiempo. La intervención legislativa resulta necesaria ya que los derechos sociales pueden concretarse en políticas públicas diferentes, por lo que tales derechos son fundamentalmente razones de peso para que el legislador imponga ulteriormente ciertas obligaciones concretas. Esta posición, sin embargo, no supone que tales derechos sean puramente programáticos y no prejuzga respecto de su exigibilidad ante diferentes instancias públicas, incluso la instancia judicial⁶⁴. Sobre estos puntos se dirá algo más abajo.

El desarrollo de una teoría de los derechos sociales ha llevado también a esclarecer el alcance de las obligaciones del Estado en relación con tales derechos. Es habitual hablar de las obligaciones estatales de respetar, de proteger y de garantizar como parte del contenido de los derechos sociales. Por otra parte, del mismo modo que sucede con los derechos civiles y los derechos políticos, el incumplimiento por parte del Estado de las referidas obligaciones puede caracterizarse como una *violación* del derecho en términos de Derecho Constitucional o de Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶⁵. En este sentido, el desarrollo de sistemas de indicadores ha venido siendo considerado como un mecanismo adecuado para medir la efectividad de los derechos sociales⁶⁶.

La exigibilidad judicial es un componente importante de la efectividad de los derechos sociales. No obstante, no es el único ni necesariamente el más importante, algo que se entiende fácilmente si se tiene en cuenta la centralidad de la Administración en la implementación de los derechos sociales, tal como se

⁶⁴ Añón Roig, María José; “Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 15-41.

⁶⁵ Ver Monereo Atienza, Cristina; “Herramientas para una teoría de los derechos sociales (discusión doctrinal)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 22, 2005, pp. 265-90.

⁶⁶ García Cívico, Jesús; “¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza”, *Derechos y Libertades*, 24, 2011, pp. 179-219. García Cívico, Jesús; “Indicadores y eficacia de los derechos”, en Bernuz Benítez, María José y Calvo García, Manuel, *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 132-162.

ha mencionado más arriba. La justiciabilidad de los derechos sociales es hoy ampliamente reconocida desde un punto de vista teórico: es decir, se admite que no existen diferencias estructurales que separen radicalmente los derechos sociales de otros tipos de derechos fundamentales y que tornen teóricamente imposible su exigibilidad judicial. Sin embargo, por supuesto, los contornos técnicos exactos de esta exigibilidad en un determinado contexto estatal dependen de las particularidades de los diversos sistemas judiciales nacionales⁶⁷.

Como es sabido, en España, aunque el sistema de salud tiene carácter nacional, las prestaciones sanitarias son gestionadas por las Comunidades Autónomas. Por ello, el reconocimiento del derecho a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, pero esa atención se hace efectiva a través de las Administraciones autonómicas, que deben expedir la tarjeta sanitaria individual que acredita tal derecho⁶⁸. De este modo, la efectividad del acceso a las prestaciones sanitarias con cargo a fondos públicos depende, en última instancia, del reconocimiento del derecho por parte del órgano estatal competente y la consiguiente emisión de la tarjeta sanitaria por parte de la Administración autonómica (lo que se hace previa inclusión del titular en la base de datos autonómica de población protegida y, de manera refleja, en la base de datos del Sistema Nacional de Salud).

Siguiendo la línea de la singularización sustantiva de la que se habló más arriba, en el caso de las personas extranjeras residentes en España que no estén registradas ni autorizadas a residir, el acceso a las prestaciones del sistema público no se da a través de la tarjeta sanitaria común, sino de un *documento certificativo* específico expedido por las Administraciones autonómicas⁶⁹, las que han ido adoptando normativa propia relativa a la expedición de esos documentos. En 2019, el Ministerio de Sanidad emitió

⁶⁷ Abramovich, Víctor; Courtis, Christian; *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Editorial Trotta, 2004. Ramcharan, Bertrand G. (ed.); *Judicial Protection of Economic, Social & Cultural Rights*, Leiden: Martinus Nijhof, 2005. Pisarello, Gerardo; “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, en Pisarello, Gerardo (ed.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Albacete: Bomarzo, 2010.

⁶⁸ Arts. 3 bis.1, 3 bis .2 y 57 Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud según redacción del RD-L 7/2018. Desde la adopción del RD-L 7/2018, esta función corresponde al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, aunque en los hechos la continúa desempeñando el INSS.

⁶⁹ Art. 3 ter .3, Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud según redacción del RD-L 7/2018. Las Comunidades Autónomas deben comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social los documentos certificativos que expidan (art. 3 ter .4).

unas Recomendaciones, dirigidas a las Comunidades Autónomas, que tienen por finalidad homogeneizar las condiciones de expedición del documento certificativo⁷⁰.

La obtención del mencionado documento certificativo (y, con ella, el acceso efectivo a las prestaciones sanitarias públicas) está mediada por un conjunto de condicionantes que hacen a la propia lógica de funcionamiento de la Administración y a la necesidad de demostrar el cumplimiento de determinados requisitos mediante la presentación de ciertos documentos. Aunque puede suponerse que estos condicionantes funcionan de manera igual o semejante en relación con la tarjeta sanitaria común, por el objeto específico de este trabajo se abordará en el sub-apartado siguiente la cuestión desde el punto de vista del documento certificativo que corresponde a las personas extranjeras no registradas ni autorizadas para residir en España.

3.2. La lógica burocrática en el acceso a las prestaciones sanitarias

De acuerdo con las Recomendaciones emitidas en 2019 por el Ministerio de Sanidad, la administración sanitaria autonómica (en las Comunidades Autónomas) y el INGESA (en Ceuta y Melilla) deben inscribir a las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes que así lo soliciten y cumplan los requisitos establecidos en su base de datos de población protegida y expedir el correspondiente documento certificativo. La inscripción y el documento certificativo deben ser renovados cada dos años.

La solicitud de las personas interesadas, a través del modelo que las Recomendaciones incluyen como anexo, tiene que presentarse en las unidades de tramitación administrativa de los sistemas de salud autonómicos o del INGESA, junto con la documentación requerida (ver más abajo). Al momento de la presentación de la solicitud la autoridad administrativa debe entregar un documento provisional que permite el acceso a las prestaciones sanitarias por un periodo máximo de tres meses. Una vez valorada la solicitud, si corresponde hacer lugar a ella, debe inscribirse a la persona solicitante en la base de datos y asignarle el Código de Identificación Personal Autonómico (CIPA). Igualmente, debe trasladarse el alta

⁷⁰ Resolución de 20 de junio de 2019, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se hacen públicas las “Recomendaciones para el procedimiento de solicitud, registro y expedición del documento certificativo que acredita a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan residencia legal en el territorio español, para recibir asistencia sanitaria”.

a la base de datos de población protegida del Sistema Nacional de Salud para la generación del Código de Identificación Personal de tal Sistema (CIP-SNS).

Como queda claro, el acceso efectivo a las prestaciones sanitarias por parte del colectivo de migrantes en situación administrativa irregular depende en la práctica de la inclusión en las bases de datos correspondientes que da acceso al documento certificativo del derecho a las prestaciones sanitarias. Ahora bien, ambos pasos (inclusión en las bases de datos y emisión del documento certificativo) sólo son posibles gracias a la interposición de una burocracia estatal que, al gestionar inclusiones o exclusiones individuales en el derecho a las prestaciones sanitarias a partir de la normativa general, *filtra* los casos individuales en el tamiz de sus propias lógicas de funcionamiento.

La colonización burocrática de los derechos sociales es una característica propia del Estado social⁷¹. En este sentido, el rol de los *funcionarios de ventanilla (street-level bureaucrats)* que gestionan los procedimientos burocrático-administrativos que, en última instancia, permiten o impiden el acceso a las prestaciones sanitarias resulta central. Las prácticas cotidianas de estos funcionarios, basadas en una mezcla de criterios profesionales, inercias administrativas y preferencias personales implícitas conformadas por prejuicios o estigmatizaciones, impactan en el resultado final sobre el acceso a las prestaciones sociales⁷².

Tras la reforma sanitaria de 2012, la discrecionalidad de la actuación de los funcionarios individuales fue ejemplificada en numerosos informes de autoridades de control y de ONGs que ilustraban casos de denegación de prestaciones sanitarias a personas que, incluso en el marco restrictivo del Real Decreto-Ley 16/2012, habrían tenido derecho a ella⁷³. En el contexto del nuevo régimen puesto en marcha en 2018, diversas plataformas han identificado también irregularidades como denegaciones injustificadas

⁷¹ Pisarello, Gerardo; “Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, *Isonomía*, 15, 2001, pp. 81-107.

⁷² Lipsky, Micahel; *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*, Nueva York: Rusell Sage, 2010 [1980]. Brodtkin, Evelyn Z.; “Reflections on Street-Level Bureaucracy: Past, Present, and Future”, *Public Administration Review*, 2(6), 2012, pp. 940-949. Maynard-Moody, Steven y Portillo, Shannon; “Street-Level Bureaucracy Theory”, en Durant, Robert, *The Oxford Handbook of American Bureaucracy*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 252-277.

⁷³ Médicos del Mundo; *Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo*, Madrid: Médicos del Mundo, 2012. Amnistía Internacional; *El laberinto de la exclusión sanitaria*, Madrid: Amnistía Internacional, 2013. SOS Racismo; *Informe anual 2013 sobre el racismo en el Estado español*, Donostia: SOS Racismo, 2013. Defensor del Pueblo; *Informe anual 2014 y debates en las Cortes Generales*, Madrid: Defensor del Pueblo, 2015. Defensor del Pueblo et al.; *Las urgencias hospitalarias en el Sistema Nacional de Salud: derechos y garantías de los pacientes*, Madrid: Defensor del Pueblo, 2015. Defensor del Pueblo; *Informe anual 2015 y debates en las Cortes Generales*, Madrid: Defensor del Pueblo, 2016.

de alta en el Sistema Nacional de Salud, bajas intempestivas, exigencia de requisitos no recogidos en la ley o inclusión en categorías de alta específicas con recorte de prestaciones (por ejemplo, en categorías que no incluyen la prestación farmacéutica). Detrás de estas situaciones habría causas como la aplicación de normas antiguas, la inexistencia de procedimientos estandarizados o la desinformación de los agentes de la Administración encargados de la gestión sanitaria⁷⁴.

Por otra parte, un importante grado de confusión entre los operadores jurídicos fue detectado a la hora de aplicar la reforma del Real Decreto-Ley 16/2012⁷⁵. Seguramente contribuyó a esto la imprecisión en la redacción del propio Real Decreto-Ley. Una situación semejante ha sido denunciada en relación con el régimen vigente desde 2018: diferencias en la aplicación de la normativa estatal entre las Comunidades Autónomas o, en algunos casos, simple inaplicación por algunas de ellas⁷⁶.

Como es bien sabido, la efectividad de los derechos sociales está generalmente condicionada por las dificultades que pueden existir para acreditar los requisitos exigidos para acceder a las prestaciones legalmente establecidas. En este sentido, la falta de disponibilidad de la documentación acreditativa puede convertirse en un obstáculo insalvable para el acceso efectivo a los derechos. Por otro lado, la mayor o menor claridad con la que estén redactados los formularios e instructivos relacionados con el trámite que da acceso a la prestación puede ser una dificultad añadida para la efectividad del derecho.

Las Recomendaciones del Ministerio de Sanidad establecieron una lista de documentos necesarios para la tramitación del documento certificativo del derecho a la asistencia sanitaria pública. Las Comunidades Autónomas han seguido, con algunas variaciones puntuales, estos criterios. De acuerdo con las Recomendaciones, la documentación requerida para obtener el documento certificativo que da acceso a las prestaciones de salud con cargo a fondos públicos es la siguiente: 1) documento acreditativo de la identidad del solicitante; 2) documentación que acredite la residencia efectiva en el territorio español por un periodo previo de tres meses; 3) en el caso de personas procedentes de países a los que son de

⁷⁴ “La sanidad universal no acaba de llegar a todos los sin papeles”, *El País*, 25/10/2018, https://elpais.com/sociedad/2018/10/22/actualidad/1540195762_695772.html. Yo Sí Sanidad Universal, *Personas sin permiso de residencia con más de 90 días de estancia en territorio español*, 21/07/2020, <https://yosisanidaduniversal.net/que-puedo-hacer/si-llevo-mas-de-90-dias-residiendo-en-espana>.

⁷⁵ Delgado del Rincón, Luis E.; “Algunas tensiones territoriales en la asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación administrativa irregular”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 8, 2014, 49-58.

⁷⁶ “El caos sanitario de los migrantes sin papeles: La situación ya es difícil, como para no tener asistencia médica”, *RTVE*, 29/11/2022, <https://www.rtve.es/noticias/20221129/sanidad-inmigrantes-caos-incumplimientos-comunidades/2410440.shtml>.

aplicación los Reglamentos comunitarios para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, de Andorra o de Chile, certificado de no exportación del derecho a la cobertura sanitaria desde su país de origen; 4) acreditación de no existir terceros obligados al pago.

La acreditación de la identidad resulta obviamente fundamental para el acceso a cualquier prestación. El medio normal de prueba será el pasaporte u otro documento oficial de identidad, que incluya fotografía, expedido por el Estado de origen. Sin embargo, tratándose del colectivo de inmigrantes en situación irregular no es inusual que existan dificultades probatorias derivadas principalmente de la ausencia de documentación en vigor. En defecto de tales documentos, las Recomendaciones aceptan como válido cualquier otro documento expedido por la Administración General del Estado que incluya fotografía. En el caso de menores de edad sin pasaporte o documento oficial de identidad, es posible presentar certificado de nacimiento o libro de familia emitido por el Estado de origen o por la Administración General del Estado.

En cuanto a la prueba de la residencia, debe tenerse en cuenta que la Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud tras la reforma del Real Decreto-Ley 7/2018 no exige la prueba del empadronamiento; de hecho, ni siquiera exige la existencia de una situación de residencia *habitual* o de simple residencia. En una interpretación literal, cualquier persona extranjera que se encuentre en España sin registro o autorización para residencia, y cumpla los demás requisitos establecidos, debería poder acceder a las prestaciones sanitarias. Sin embargo, como se ha dicho más arriba, no es ésta la interpretación dominante. Las Recomendaciones que venimos comentando exigen (y las Comunidades Autónomas así lo han receptado en sus respectivas normativas) que se acredite la residencia efectiva en territorio español por un periodo previo de al menos tres meses. Así, el criterio administrativamente aceptado resulta ser que, para acceder a las prestaciones sanitarias, la persona extranjera debe ser *residente* en un sentido material (aunque se encuentre en situación irregular desde el punto de vista de la normativa administrativa). Esto excluye de las prestaciones sanitarias a quienes lleven un periodo breve de presencia en el territorio (establecido por las Recomendaciones en tres meses) y que por no contar con un registro o autorización

de residencia son considerados meros transeúntes, aunque tengan intención de permanecer en el territorio por mayor tiempo⁷⁷.

La prueba ordinaria del requisito de la residencia, de acuerdo con las Recomendaciones, será el volante de empadronamiento en un municipio de la Comunidad Autónoma respectiva o de las ciudades de Ceuta y Melilla. Se admite, eso sí, que para el cómputo de los tres meses exigidos pueda tenerse en cuenta el empadronamiento anterior en cualquier municipio español. Esta apertura resulta indispensable para evitar el fraccionamiento sustantivo del Sistema Nacional de Salud (el que, de no admitirse tal *transferencia* del empadronamiento previo, dejaría de ser un sistema nacional gestionado a nivel autonómico para convertirse directamente en un mosaico de sistemas autonómicos).

Ahora bien, el requisito del empadronamiento puede constituir una barrera insalvable para aquellas personas que tengan dificultad en acceder a él por la imposibilidad de aportar un contrato de alquiler, el hecho de habitar infraviviendas o el hecho de tratarse directamente de personas sin hogar. Por ello, según las referidas Recomendaciones, en caso de ausencia de empadronamiento, los tres meses de residencia en España pueden acreditarse mediante otros documentos como documentos oficiales de una Administración del Estado, cartas de viaje expedidas por consulado, inscripción en colegios de hijos menores, registro de visitas a servicios sociales, etc.

En algunas Comunidades Autónomas se ha establecido que, en caso de presentación de documentación supletoria que sustituya al pasaporte o documento oficial para la prueba de la identidad o al volante de empadronamiento para la prueba de la residencia, resulta necesaria la intervención de un trabajador social que valore la documentación aportada. El grado de rigidez con el que las diferentes Comunidades Autónomas valoran la prueba de la identidad o la residencia es sin embargo muy variable, existiendo denuncias de ONGs relativas a la denegación injustificada de la asistencia sanitaria por esta causa⁷⁸.

El certificado de no exportación del derecho a la cobertura sanitaria desde el país de origen y la acreditación de no existir terceros obligados al pago están directamente relacionados con dos de los

⁷⁷ También quedan excluidos, como se dijo más arriba, los extranjeros que se encuentran legalmente en el territorio pero bajo el amparo de un permiso que no es de residencia, sino de estancia (y esto incluso en el caso de que sean materialmente *residentes*, es decir, que hayan permanecido o vayan a permanecer en el territorio por más de tres meses).

⁷⁸ “La exclusión sanitaria de migrantes aumenta en Madrid durante la pandemia: Médicos del Mundo detecta 167 casos desde marzo”, *Eldiario.es*, 05/10/2020 https://www.eldiario.es/desalambre/exclusion-sanitaria-migrantes-aumenta-madrid-durante-pandemia-medicos-mundo-detecta-167-casos-marzo_1_6268895.html.

requisitos expresamente previstos en la normativa estatal. Por su propia naturaleza, la prueba de la circunstancia de no tener un derecho a exportar la protección sanitaria desde su país de origen sólo puede hacerse mediante certificados expedidos por las administraciones competentes de ese país que normalmente resultan difíciles de obtener para quien ha abandonado su país para permanecer en España en forma irregular⁷⁹. Teniendo en cuenta esta dificultad, algunas normativas autonómicas permiten que el primero de los documentos sea sustituido por la constancia de haber solicitado la acreditación de no exportación si ha transcurrido un cierto tiempo sin haber recibido respuesta o por una declaración jurada de la persona interesada. La acreditación de no existir terceros obligados al pago se hace, según las Recomendaciones del Ministerio de Sanidad, a través de una declaración jurada de la persona interesada.

La solicitud de acceder a las prestaciones sanitarias a través del documento certificativo se presenta mediante un modelo anexo a las Recomendaciones que se vienen comentando. El modelo incluye la declaración responsable por parte del solicitante de no tener la obligación de acreditar la cobertura sanitaria obligatoria por otra vía y de no poder exportar el derecho a la cobertura sanitaria desde su país de procedencia. También se incluye la declaración responsable de que la residencia habitual en España no tiene por finalidad “obtener tratamiento de patologías o enfermedades diagnosticadas” en el país de procedencia. Esta cláusula proviene evidentemente del interés de la Administración en evitar el denominado *turismo sanitario*, aunque su inclusión no tiene un respaldo normativo expreso en el régimen vigente.

4. Conclusiones

En el presente trabajo se han abordado los avatares de la regulación legal del derecho de acceder a prestaciones sanitarias públicas en relación con un colectivo específico: el de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas para residir en España, es decir, del colectivo de migrantes en situación administrativa irregular. Como se indicó al principio, el tema tiene un interés en sí mismo que justifica suficientemente su estudio y en este trabajo se ha hecho un repaso de la evolución normativa producida en los últimos años.

⁷⁹ Yo Sí Sanidad Universal; *Valoración del Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud*, 16/08/2018, <https://yosisanidaduniversal.net/noticias/valoracion-del-real-decreto-ley-7-2018>.

En tal sentido, se ha señalado que la regulación amplia prevista en la versión original de la Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud de 2003 recogía el derecho a acceder a prestaciones sanitarias públicas a toda persona residente en España, lo que en la práctica se traducía en la posibilidad de acceder a esas prestaciones por parte de quien pudiera justificar el empadronamiento en un municipio español, independientemente de su nacionalidad o, en el caso de las personas extranjeras, su condición migratoria. La reforma introducida por vía del Real Decreto-Ley 16/2016 reemplazó el criterio de la residencia por el del aseguramiento, lo que no sólo tuvo importantes consecuencias en relación con el colectivo que ha recibido aquí particular atención (el de migrantes en situación irregular), sino que también tuvo un importante impacto en relación con todas las personas extranjeras y nacionales que no satisfacían el criterio del aseguramiento.

Tras el Real Decreto-Ley 16/2012, los Gobiernos autonómicos fueron adoptando medidas parciales para dar cobertura sanitaria (con mayores o menores niveles de protección) a las personas extranjeras que habían quedado fuera del régimen básico establecido en la ley estatal. El Real Decreto-Ley 7/2018 impuso una contra-reforma que, en la retórica, pretendía volver al régimen original de la Ley de Cohesión del Sistema Nacional de Salud. Ahora bien, la contra-reforma, aunque volvió a incorporar a la ley estatal la protección sanitaria de las personas extranjeras en situación migratoria irregular, lo hizo creando un mecanismo específico para este colectivo, lo que desde un punto de vista simbólico supone singularizarlo en relación con el acceso a la sanidad del que disfruta la generalidad de los titulares del derecho y en la práctica implica crear mecanismos administrativos específicos para hacerlo efectivo. El anteproyecto de Ley por la que se modifican diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, que se encuentra actualmente en discusión, no innova en lo sustancial y se limita a ciertos retoques cosméticos.

Por otra parte, y como también se dijo en la introducción, la cuestión del acceso a las prestaciones sanitarias públicas por parte de las personas extranjeras en situación administrativa irregular, además del interés que presenta en sí misma, es una puerta de entrada adecuada a ciertas reflexiones teóricas más amplias. En este trabajo se ha buscado señalar dos aspectos teóricos fundamentales relativos, respectivamente, a la universalidad y a la efectividad de los derechos sociales.

En relación con la universalidad, se ha afirmado que predicar esa cualidad de un determinado derecho sólo puede querer decir que el mismo corresponde a la totalidad de individuos que componen un

determinado conjunto; pero nada supone esta afirmación en relación con la manera misma en que ese conjunto es delimitado. Por ello, como ha quedado de manifiesto en relación con las discusiones sobre la titularidad del derecho al acceso a las prestaciones sanitarias públicas, la verdadera discusión no es si un derecho está o no reconocido de manera universal, sino más bien cómo se define el *universo* de sujetos al que se le atribuye esa titularidad.

Por otro lado, el ejemplo del acceso a las prestaciones sanitarias públicas por parte de migrantes en situación irregular ilustra claramente el modo en que la intervención de los aparatos burocráticos condiciona la efectividad de los derechos sociales. Sin perjuicio de la exigibilidad judicial de los derechos sociales, tema ampliamente estudiado y que aquí sólo se ha mencionado de refilón, es innegable que la intervención administrativa en la interpretación de los requisitos legalmente establecidos para acceder a ciertos derechos (y la consideración de la documentación presentada para verificar el cumplimiento de tales requisitos) condiciona ampliamente el ejercicio efectivo por sus titulares.

5. Bibliografía

- Abramovich, Víctor; Courtis, Christian; *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- Alesina, Alberto, Miano, Armando y Stantcheva, Stefanie; *Immigration and redistribution*, National Bureau of Economic Research Working Paper Series, 2022.
- Alexy, Robert; “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, *Derechos y libertades*, 8, 2000, pp. 21-42.
- Ansuátegui Roig, Francisco J.; “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en Zapatero, Virgilio y Garrido Gomez, María Isabel (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Madrid: Universidad de Alcalá, 2009, pp. 143-163.
- Añón Roig, María José; “¿Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?”, *Derechos y Libertades*, 34, 2016, pp. 57-90.
- Añón Roig, María José; “Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 6, 2002.
- Añón Roig, María José; “Derechos humanos y deberes: efectividad y prohibición de regresividad”, en Ródenas, Ángeles (ed.), *Repensar los derechos humanos*, Lima: Palestra, 2018, pp. 263-306.
- Añón Roig, María José; “Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 15-41.
- Añón Roig, María José; “Human Rights obligations, especially in times of crisis”, *The Age of Human Rights Journal*, 17, 2021, pp. 1-26.
- Aprill Lasagabaster, Concha; “El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos 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 las prestaciones”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 32, 2013, pp. 1-23.
- Arlettaz, Fernando; “Las políticas migratorias como válvula frente a la crisis”, en Gómez Quintero, Juan y Marcuello Servós, Chaime *Políticas públicas y sociales en la encrucijada: incertidumbre, complejidad y cambio*, Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2014, pp. 189-199.
- Arnadóttir, Oddný M.; *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, La Haya: Martinus Nijhoff, 2003.
- Ataç, Ilker; Rosenberg, Sigelinde; “Social policies as a tool of migration control”, *Journal of Immigrant and Refugee Studies*, 17(1), 2019, pp. 1-10.
- Brodkin, Evellyn Z.; “Reflections on Street-Level Bureaucracy: Past, Present, and Future”, *Public Administration Review*, 2(6), 2012, pp. 940-949.
- Calvo García, Manuel; “Crisis económica y efectividad de los derechos sociales”, en Innerarity, Daniel y Aymerich Ojea, Ignacio, *Derechos Humanos y políticas públicas europeas*, Madrid: Paidós, 2016, pp. 227-262.
- Calvo García, Manuel; “La efectividad de los derechos sociales en tiempos de crisis”, en Bernuz Benítez, María José y Calvo García, Manuel, *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 89-132.
- Dalli Almiñana, María, *Acceso a la asistencia sanitaria y derecho a la salud*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- De Lucas, Javier; “Reconocimiento, inclusión, ciudadanía. Los derechos sociales de los inmigrantes”, en Añón Roig, María José (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Universidad de Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 27-36.
- De Lucas, Javier; “Sobre la garantía de los derechos sociales de los inmigrantes”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 4.
- Delgado del Rincón, Luis E.; “Algunas tensiones territoriales en la asistencia sanitaria a los inmigrantes en situación administrativa irregular”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 8, 2014, 49-58.

- Delgado del Rincón, Luis E.; “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista De Estudios Políticos*, 163, 2014, pp. 189-231.
- Delgado del Rincón, Luis E.; “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular: reflexiones críticas sobre la reciente jurisprudencia constitucional acerca de las restricciones introducidas por el Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, 2018, pp. 287-314.
- Delgado del Rincón, Luis E.; “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el Decreto Ley 7/2018, de 27 de julio”, *Revista de Estudios Políticos*, 186, 2019, pp. 105-136.
- Delgado del Rincón, Luis E.; *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Donnelly, Jack; “The relative universality of Human Rights”, en Donnelly, Jack, *International Human Rights*, Nueva York: Routledge, 2020.
- Fernández, Rafael; “Dimensión del derecho a la protección a la salud: su tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC)”, *Derecho y Salud*, 19(1), 2010, pp. 11-30.
- García Cívico, Jesús; “¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza”, *Derechos y Libertades*, 24, 2011, pp. 179-219.
- García Cívico, Jesús; “Indicadores y eficacia de los derechos”, en Bernuz Benítez, María José y Calvo García, Manuel, *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 132-162.
- Giménez, David; *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Valencia: Bosch, 2004.
- Gómez Zamora, Leopoldo J.; “Comentario del Real Decreto 7/2018 de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud”, *Gabilex. Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-la Mancha*, 15, 2018, pp. 281-330.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R.; *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- Keskinen, Suvi; “From welfare nationalism to welfare chauvinism: economic rhetoric, the welfare state and changing asylum policies in Finland”, *Critical Social Policy*, 36(3), 2016, pp. 352-370.
- Koning, Edward A.; *Immigration and the Politics of Welfare Exclusion: Selective Solidarity in Western Democracies*, Toronto: University of Toronto Press, 2019.
- Kootstra, Anouk; *The New undeserving poor. An experimental study of welfare chauvinism in Britain and the Netherlands*, Manchester: University of Manchester, 2017.
- Laporta, Francisco; “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, 4, 1987, pp. 23-46.
- Lema Añón, Carlos; “La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad”, en Bernuz Benítez, María José y Calvo García, Manuel, *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 221-258.
- Lema Añón, Carlos; *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud*, Madrid: Dykinson, 2012.
- Lema Añón, Carlos; *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid: Dykinson, 2009.
- Lipsky, Micahel; *Street-level bureaucracy: dilemmas of the individual in public services*, Nueva York: Rusell Sage, 2010 [1980].
- Marshall, Thomas; “Citizenship and social class”, en Marshall, Thomas y Bottomore, Tom, *Citizenship and social class*, Londres: Pluto Press, 1992 [1950], pp. 1-52.
- Martínez de Pisón, José M.; “El derecho a la salud: un derecho social esencial”, *Derechos y libertades*, 14, 2006, pp. 129-150.
- Maynard-Moody, Steven y Portillo, Shannon; “Street-Level Bureaucracy Theory”, en Durant, Robert, *The Oxford Handbook of American Bureaucracy*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 252-277.

- Monereo Atienza, Cristina; “Herramientas para una teoría de los derechos sociales (discusión doctrinal)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 22, 2005, pp. 265-90.
- Moreno Fuentes, Francisco J.; “El puzzle de la exclusión sanitaria de los inmigrantes indocumentados en España”, *Anuario de la inmigración en España 2014*, Barcelona: CIDOB, 2015, pp. 278-299.
- Moreno Fuentes, Francisco J.; “Inmigración, Estado de bienestar y gobierno multi-nivel en España”, *Ekonomiaz*, 81, 2012, pp. 230-255.
- Pérez Luño, Antonio E.; “La positividad de los derechos sociales: Su enfoque desde la Filosofía del Derecho”, *Derechos y Libertades*, 14, 2006, pp. 151-178.
- Pérez Luño, Antonio E.; “Los derechos sociales y su 'status' normativo en la constitución española”, *Documentación Administrativa*, 271, 2005, pp. 13-38.
- Pisarello, Gerardo; “Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, *Isonomía*, 15, 2001, pp. 81-107.
- Pisarello, Gerardo; *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción*, Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Pisarello, Gerardo; “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, en Pisarello, Gerardo (ed.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Albacete: Bomarzo, 2010.
- Rainey, Bernadette, McCormick, Pamela y Ovey, Clare; “Freedom from discrimination”, en Rainey, Bernadette, McCormick, Pamela y Ovey, Clare, *European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2021.
- Ramcharan, Bertrand G. (ed.); *Judicial Protection of Economic, Social & Cultural Rights*, Leiden: Martinus Nijhof, 2005.
- Reeskens, Tim y Van der Meer, Tom; “The inevitable deservingness gap: a study into the insurmountable immigrant penalty in perceived welfare deservingness”, *Journal of European Social Policy*, 29(2), 2019, pp. 166-181.
- Rey Martínez, Fernando; “De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 2011, pp. 167-181.
- Rey Martínez, Fernando; “Igualdad y prohibición de discriminación”, en Biglino Campos, Paloma et al, *Lecciones de Derecho Constitucional II*, Madrid: Aranzadi, 2022, pp. 435-462.
- Roca Trías, Encarnación y Ahumada Ruiz, M. Ángeles., “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”, *Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, 2013, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%202013.pdf>.
- Ruiz Miguel, Alfonso; “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 651-674.
- Sagarra i Trias, Eduard; “¿Puede limitarse el derecho al acceso a la sanidad pública sin debate parlamentario previo?”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 30, 2012, pp. 207-222.
- Sangüesa Ruíz, Nuria; “Exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito al Sistema público de salud en España. Sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional”, *Biola Journal-Rivista di BioDiritto*, 1, 2017, pp. 233-247.
- Schmitt, Carina y Teney, Céline; “Access to general social protection for immigrants in advanced democracies”, *Journal of European Social Policy*, 29(1), 2019, pp. 44-55.
- Solanes Corella, Ángeles, “La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica”, *Derechos y libertades*, 31, 2014, pp. 121-167.
- Van der Meer, Tom y Reeskens, Tim; “Welfare chauvinism in the face of ethnic diversity: a vignette experiment across diverse and homogeneous neighborhoods on the perceived deservingness of native and foreign-born welfare claimants”, *European Sociological Review*, 37(1), 2021, pp. 89-103.
- Zimmermann, Klaus et al; “Study on active inclusion of migrants Commissioned by the European Union Programme for Employment and Social Solidarity”, *IZA Research Report*, 2012, 43.