

PRÓLOGO

A solicitud de Irene Sobrino escribo con agrado el prólogo a este libro suyo. Y digo con agrado no sólo por el afecto personal que tengo a la autora, sino además porque el libro me parece excelente, pues examina con rigor un tema de indudable importancia: el del acceso universal a la asistencia sanitaria en España. El título completo de la obra es suficientemente explicativo de los puntos de interés principales en los que ese tema se desenvuelve: «Acceso universal a la asistencia sanitaria en España: evolución legislativa y controversias competenciales».

No corresponde a un prólogo, creo, describir, repetitivamente, el contenido de un libro, puesto que para ello basta su lectura. Sí, quizás, aludir al hilo conductor que lo sustenta, basado, de una parte, en la evolución normativa. En este caso en el examen de las vicisitudes que ha atravesado la exigencia de acceso universal a la sanidad establecida, como derecho, por la Ley de 1986, cuya efectividad se amplió (a mi juicio) a partir de la culminación de las transferencias sanitarias a las Comunidades Autónomas en 2002. Una exigencia de acceso universal que se retrajo años después, mediante el Decreto-ley 16/2012, que introdujo el requisito de la residencia legal para que los extranjeros pudiesen tener acceso a las prestaciones sanitarias (requisito que no fue muy estricto, precisamente por el uso que las Comunidades Autónomas hicieron de sus propias competencias). A partir del Decreto-ley 7/2018, se volvió al sistema originario de acceso universal de 1986, sin las restricciones que en 2012 se habían establecido.

De otra parte, el estudio del tema también se sustenta, como debe ser, en el estudio de dos cuestiones de fondo de inevitable tratamiento: la relación entre el acceso universal a la sanidad y el Estado Social, y la conexión entre el acceso universal a la sanidad y el Estado autonómico. De manera que no se

trata de un examen meramente descriptivo acerca de la legislación, sino conceptualmente prescriptivo, esto es, basado en las exigencias que acerca del acceso universal a las prestaciones sanitarias se derivan de nuestro sistema constitucional, democrático de Derecho y autonómico.

Las armas intelectuales de que se vale Irene Sobrino para desarrollar el objeto de su libro son varias: la principal, a mi juicio, es una sólida formación jurídico-constitucional, que prueba su rigor conceptual a lo largo de la obra; las otras son, el uso muy adecuado de la doctrina académica y de la jurisprudencia constitucional (que examina de manera completa y sagaz), así como la utilización del Derecho comparado, en especial, del alemán cuando trata del problema desde el punto de vista del Estado social y del Estado autonómico. En definitiva, puede decirse que estamos en presencia de un estudio ejemplar en una materia tan «fundamental» (por íntimamente relacionada con la dignidad de la persona) como es el derecho a la protección de la salud garantizado por el art. 43.1 de la Constitución (en adelante, CE).

A partir de estas consideraciones preliminares que la obra me merece, voy a detenerme en algunas de las cuestiones relevantes que la lectura de este libro, directa o indirectamente, pone de manifiesto. En primer lugar, el de la naturaleza del «derecho a la protección de la salud». Un derecho que, en nuestro ordenamiento jurídico, no puede ser calificado de fundamental, pero no por ello incapacitado para lograr una suficiente eficacia. Es claro que la CE no lo configura como «derecho fundamental», sino como «principio rector de la política social y económica». Esto es patente, de tal manera que, de acuerdo con el viejo lema de que «lo obvio no merece glosa» no necesitaría de más explicación. No obstante, el uso en tal precepto del término «derecho» ha conducido a que algunos (aunque de manera muy minoritaria) lo hayan considerado, con cierto apresuramiento, como un derecho «constitucional» e incluso (más minoritariamente aún) como un derecho «fundamental». Para salir al paso de esa, a mi juicio, errada interpretación, debo exponer las razones convincentes que, a mi juicio, la desmienten.

La CE reconoce como derechos fundamentales sólo a los establecidos en el Capítulo 2º de su Título I, en cuanto que únicamente ellos, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 CE, poseen las garantías que, de acuerdo con la doctrina común en el Derecho Constitucional español y en los demás países con un sistema constitucional similar al nuestro, cualifican a un derecho como fundamental: vinculación a todos los poderes públicos (y por ello su aplicación directa por los jueces y tribunales, que han de tutelarlos, necesariamente), re-

serva de ley para su regulación, y un contenido esencial como límite que el legislador, al regularlos, ha de respetar. Esas son las garantías que se expresan en el art. 53.1 CE, atribuidas sólo (como el precepto señala) a los derechos reconocidos en el Capítulo 2º del Título I CE.

Por cierto, lo que significa, a mi juicio, el «contenido esencial» de los derechos fundamentales quiero dejarlo claro desde el principio. Creo que ese contenido esencial ha de considerarse de modo absoluto y no relativo, única forma de entenderlo como «límite de los límites», de manera que no cabe identificarlo meramente con el «principio de proporcionalidad», pues si así se hiciera, el contenido esencial podría, prácticamente, desaparecer.

Una vez aclarado cuáles son nuestros derechos fundamentales y en qué consiste su contenido esencial, corresponde hacerse la siguiente pregunta: ¿qué ocurre, entonces, con los «derechos» («a la protección de la salud», «a disfrutar de un medio ambiente adecuado», «a una vivienda digna y adecuada») a los que, llamándolos «derechos», se alude, no en el Capítulo 2º, sino en el Capítulo 3º del Título I CE, que lleva por título «De los principios rectores de la política social y económica»?

La propia CE también da la respuesta en su art. 53.3:

El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3º informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

En definitiva: tienen una eficacia indirecta o interpretativa, no directa e inmediata. Sólo pueden alcanzar la naturaleza de derechos subjetivos a través de la ley, como ha constatado claramente el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en reiteradas sentencias (en adelante, SSTC): posibles derechos legales, pero no fundamentales. De todos modos, la dicción del art. 53.3 CE no es por completo afortunada, ya que no pudiendo ser alegados como derechos inmediatamente aplicables, *ex Constitutione*, ante la jurisdicción ordinaria, sí que pueden ser alegados ante ella, como principios, a efectos meramente indirectos o interpretativos, además de que, ante la jurisdicción constitucional, sí que pueden ser alegados de modo directo (en recursos o cuestiones de inconstitucionalidad) frente a regulaciones legales que, como principios, los vulnerasen.

De manera que los «derechos» a los que a veces se alude en el Capítulo 3º del Título I (por ejemplo, el «derecho» a la protección de la salud) no son, pues, *ex Constitutione*, derechos fundamentales, aunque el legislador sí puede convertirlos en auténticos derechos (en derechos subjetivos). Más aún, puede hacerlo

respecto de todos los derechos que cupiera derivar de los principios rectores incluso de aquellos en los que ni siquiera existe alusión constitucional al término «derecho», aunque, de hacerlo así, conviene advertir que la eficacia de algunos de esos derechos «legales» pudiera quedar, en muchos casos, por el contenido sustantivo de éstos, eminentemente prestacional, más devaluada de lo que resultaría si, en lugar de derechos subjetivos, se concibieran, jurídicamente, como mandatos al poder público de protección de los bienes constitucionales que, como objeto de los mismos, se pretenden asegurar. Pero esa reflexión teórica, siempre exigible, no voy a desarrollarla aquí, dada la limitada extensión que el presente trabajo debe tener. Sólo he querido apuntarla. En lo que se refiere al derecho a la protección de la salud, su eficacia a través de la ley resulta incuestionable, más aún, creo que es el caso más evidente de ello, como lo muestra la regulación legal producida en materia de asistencia sanitaria.

Es cierto que ha habido propuestas de dotar, interpretativamente, de naturaleza fundamental a algunos de esos principios rectores económicos y sociales, pero para ello no bastaría con la interpretación, sino que sería necesario reformar la Constitución, pues dichas naturalezas de derechos fundamentales no pueden atribuírsela, en mi opinión, ni el legislador ni la jurisprudencia constitucional. De ahí mi crítica (que he hecho pública en otros trabajos acerca de los límites de la jurisdicción constitucional) a la «fundamentalización» de los derechos al aborto y a la eutanasia llevada a cabo por el TC en sentencias dictadas en los últimos años. Las razones en que apoyo esa crítica no las puedo examinar ahora con detalle, dada la necesaria dimensión reducida de un prólogo, por lo que me remito a lo expuesto en esos otros trabajos míos a los que acabo de aludir. Pero al menos sí me referiré, brevemente, a continuación, a las que considero de mayor relieve.

Una, porque el Tribunal no es poder constituyente, sino poder constituido, sin que pueda suplantar al poder de reforma constitucional, ya que no es el dueño de la Constitución, sino su guardián (de donde se derivan límites infranqueables de la interpretación constitucional, que puede, y debe, ser evolutiva «adaptativa,» pero nunca evolutiva «creativa»). Por ello, el TC puede «descubrir» en un derecho fundamental una variedad de facetas o derechos específicos que lo dotan de plena eficacia, así lo ha hecho, por ejemplo, respecto del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión expresado por el art. 24.1 CE; pero no «inventar» nuevos derechos fundamentales enlazados únicamente con valores o principios constitucionales.

Otra, porque privaría a esos nuevos derechos fundamentales de creación

jurisprudencial de la estabilidad necesaria que los derechos fundamentales han de tener, ya que nada impediría que un futuro Tribunal modificase la doctrina de un Tribunal anterior.

Y, por último, porque la introducción de nuevos derechos fundamentales requiere de un imprescindible consenso político, que es el que se manifiesta a través de la reforma de la Constitución, consenso que no puede ser sustituido por una sentencia del Tribunal Constitucional. Justamente por esto critiqué, en mi voto particular formulado a la STC 150/2011, de 29 de septiembre, la consideración por ella, como «derecho fundamental», del «derecho frente al ruido».

Otro asunto al que quiero referirme es la estrecha, e inevitable, relación entre el Estado social y el derecho de acceso universal a la asistencia sanitaria. Hacer realidad el acceso universal a la asistencia sanitaria (como lo es también hacerlo así respecto del derecho a la educación, que, además es un derecho fundamental), son entre otros, los grandes cometidos del Estado social. Y no sólo por razón del principio de igualdad formal, sino también de igualdad material que la CE reconoce en su art. 9.2. Es cierto que el Estado social ha de hacer frente a indudables costes económicos, pero ello, que puede requerir de determinadas reformas acerca del modo de realización de esas tareas estatales, lo que no puede conducir es al abandono de un tipo de Estado que la CE ha garantizado de manera general en su art. 1.1. Así lo he sostenido siempre y así lo seguiré sosteniendo. Irene Sobrino dedica, con rigor, una parte de su libro a este asunto, que me parece nuclear en nuestro sistema de Estado social y democrático de Derecho.

Y ello engarza con otra cuestión a la que deseo aludir: la relación entre la asistencia sanitaria y el Estado autonómico, puesto que dicha relación se basa, de manera inevitable, en el derecho de igualdad, esto es, en el equilibrio entre la autonomía territorial y la igualdad sustancial de derechos de todas las personas sea cual fuere la parte del territorio en que habitan (art. 139.1 CE) y sea cual sea la condición jurídica de esas personas: españoles, extranjeros con residencia legal o extranjeros con residencia irregular. La jurisprudencia del TC ya afirmó, correctamente, que hay derechos directamente conectados con la dignidad de la persona (uno de ellos, sin duda, el derecho a la salud) cuyo disfrute no admite distinciones.

La competencia de las Comunidades Autónomas en materia sanitaria no puede impedir el deber del Estado de asegurar la igualdad sustancial en el acceso a las prestaciones en esa materia. Por ello, es competencia exclusiva del Esta-

do (art. 149.1.16 CE) no sólo la coordinación de la sanidad, sino también el establecimiento de la legislación básica sobre la misma. Una legislación básica que puede adquirir la densidad normativa necesaria para hacer realidad la igualdad sustancial en aquellas prestaciones. Aquí la doctrina del TC la considero sumamente adecuada, aunque Irene Sobrino critique (con razón) los excesos a que pudiera dar lugar la regulación exhaustiva de la legislación básica en perjuicio de las competencias autonómicas.

Por otro lado, pese a que en esta materia juega principalmente el sistema de legislación básica-legislación de desarrollo, no cabe sostener (a mi juicio) que por ello no tenga aplicación también la cláusula del art. 149.1.1 CE, máxime cuando el derecho de acceso universal a las prestaciones sanitarias no es un derecho fundamental, sino un derecho legal. Creo que la doctrina sobre el art. 149.1.1 CE en relación con los derechos legales deducibles de los principios rectores del Capítulo 3 del Título I CE, establecida con ocasión del derecho a la vivienda en la STC 79/2024, presta una valiosa ayuda para comprender rectamente la relación entre unidad y autonomía, o lo que es igual, entre la igualdad sustancial de todos los residentes en España que el Estado deber asegurar y la las legítimas diferencias que, sin vulnerar esa igualdad sustancial, pueden introducir, en sus respectivos territorios, las Comunidades Autónomas.

Aquí, en esta materia, debe apelarse al consenso, no tanto al consenso jurídico garantizado por la reforma de la CE, cuanto al consenso político que, en materia del desarrollo del Estado social, debiera exigirse. No me refiero al consenso para toda la regulación sustantiva, que ha de quedar en el ámbito de las mayorías (entre otras razones, para garantizar el pluralismo político), sino para la regulación del núcleo del Estado social: el establecimiento de las condiciones «esenciales» de la igualdad, referidas, al menos, a la seguridad social, a la educación y a las prestaciones sanitarias (tan íntimamente ligadas a ese tipo de Estado). En relación con ello no deja de ser llamativa la diferencia entre el derecho a la educación, donde se han sucedido siete leyes estatales, sucesión normativa que ha beneficiado muy poco a la estabilidad y a la exigencia de ese consenso político ya aludidos, y lo sucedido en las prestaciones sanitarias, donde se ha mantenido una sola ley, la de 1986, reformada en algunas ocasiones, pero manteniéndose o incluso recuperándose los objetivos de la Ley estatal originaria. El consenso y la estabilidad en materia de sanidad es un objetivo que no debería abandonarse.

Termino este prólogo como lo comencé: felicitando a la autora del libro por haber llevado cabo un estudio riguroso, sugerente y oportuno sobre un

tema, a mi juicio, capital: la exigencia constitucional de un acceso universal a las prestaciones sanitarias, puesto que en ese ámbito, como en pocos más, está en juego una de las condiciones inherentes a la dignidad de la persona: la seguridad de que, en toda circunstancia individual o social, el Estado ha de socorrerla cuando su salud se encuentre quebrantada. En el Derecho constitucional de nuestro tiempo (y especialmente en España, con un Estado social y democrático de Derecho), esa necesidad no debe ser tratada como una exigencia que deriva de un mero «humanitarismo moral», sino como una exigencia jurídica que deriva del propio ordenamiento constitucional.

El tema, por supuesto, tiene muchas facetas, y por ello, este libro no lo ha simplificado, pero sí cabe apreciar a lo largo de él una convicción con la que estoy completamente de acuerdo: la defensa bien argumentada del acceso universal a las prestaciones sanitarias, frente a quienes pretenden eliminarlo o reducirlo. En estos momentos de confusión, este libro, riguroso y ejemplar, resulta, pues, de obligatoria lectura.

MANUEL ARAGÓN

INTRODUCCIÓN

El principio de universalidad de la cobertura sanitaria constituye uno de los pilares que ha informado el desarrollo del Sistema Nacional de Salud (SNS) desde su creación en 1986¹. A partir de los criterios establecidos entonces y de una manera progresiva, los sucesivos legisladores han profundizado en la configuración de un modelo sanitario sustentado en la financiación pública, así como en el acceso universal y en condiciones de equidad a una atención sanitaria integral. Sin embargo, una reforma estructural del modelo sanitario, adoptada mediante decreto-ley en el año 2012, quebró el alcance universal de la cobertura sanitaria. El Real Decreto-ley 16/2012², anclado en motivaciones de índole económica, modificó, entre otras cuestiones, las condiciones para acceder a las prestaciones sanitarias, que pasaron a requerir el cumplimiento de la condición de «asegurado», derivada del vínculo con el sistema de Seguridad Social. Se sustanció, así, un cambio radical de orientación con respecto a la política precedente de progresiva extensión del ámbito subjetivo y prestacional de la asistencia sanitaria, que de forma constante había informado el desarrollo legislativo del derecho constitucional a la protección de la salud y en cuyo proceso se había consolidado una incorporación como titulares de sus prestaciones a aquellos colectivos no integrados en el sistema de Seguridad Social. Una de las vertientes de esta política de retracción del ámbito protector de la sanidad pública radicó en la introducción del requisito de la residencia legal como condición para que las personas extranjeras tuvieran acceso a esta prestación. La

¹ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE 102, de 29 de abril de 1986, p. 15207).

² Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE 98, de 24 de abril de 2012, p. 31278).

consecuencia más controvertida de este criterio fue la exclusión sanitaria de las personas extranjeras adultas no registradas ni autorizadas a residir en España, salvo en casos excepcionales de urgencia por enfermedad grave o accidente, entre otros. En términos concretos, el nuevo marco normativo impactaba directamente en el grupo de extranjeros no comunitarios en situación administrativa irregular y con insuficiencia de recursos económicos, para los que se eliminó el derecho precedente a acceder a las prestaciones sanitarias con la mera acreditación de la residencia efectiva mediante su inscripción en el padrón municipal.

Es evidente que la exclusión de los inmigrantes sin permiso de residencia del acceso al sistema sanitario público de forma gratuita afectaba a bienes jurídicos particularmente sensibles, al restringir sustancialmente el alcance consolidado normativamente del derecho social constitucional a la protección de la salud, estrechamente vinculado a la protección del derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral. Además de las limitaciones en la protección de la salud desde la perspectiva individual, se puso de manifiesto que la reforma podía acarrear situaciones de riesgo en la dimensión colectiva del derecho, concretada en la protección de la salud pública. La dimensión del derecho a la salud como «derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos»³ le confiere un valor preeminente dentro de las políticas sociales prestacionales que, a su vez, constituyen para los poderes públicos una fuente importante de legitimidad política⁴.

La restricción subjetiva y de cobertura sanitaria pública generó un elevadísimo grado de críticas en el ámbito social, político, sanitario e institucional. Desde la perspectiva territorial, la tensión se tradujo asimismo en numerosas controversias constitucionales entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CC.AA.). No obstante la conflictividad jurisdiccional, la realidad en el año 2016 evidenciaba que la totalidad de las CC.AA., a pesar de la pluralidad ideológica de sus ejecutivos y composiciones parlamentarias, habían convergido, bajo diferentes requisitos y desde desiguales planteamientos normativos, hacia

³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general núm. 14 (2000), *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 11 de agosto 2000, párr. 1.

⁴ OBINGER, Herbert; LEIBFRIED, Stephan; CASTLES, Francis G., «“Old” and “new politics” in federal welfare states», en OBINGER, H.; LEIBFRIED, S.; CASTLES, F., (eds.), *Federalism and the Welfare State: New World and European Experiences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 322.

una situación de efectiva incorporación del colectivo de extranjeros en situación irregular en la asistencia sanitaria pública en sus respectivos ámbitos territoriales.

El nuevo Ejecutivo constituido en el año 2018 modificó este marco normativo con la finalidad de reintroducir el criterio de la universalidad en el acceso al derecho a la protección de la salud⁵. En concreto, se suprimió el requisito de la vinculación de la atención sanitaria a la condición de persona asegurada y se reemplazó por la exigencia de la residencia en el territorio español. Sin embargo, el carácter incompleto y confuso de esta reforma urgente propició una disparidad de interpretaciones a nivel autonómico, que en algunos territorios se tradujo en obstáculos insalvables para la garantía efectiva del derecho en los términos de universalidad a los que obedecía la reforma. Con el objetivo de subsanar las disfunciones, en mayo del 2024 el Gobierno aprobó el «Proyecto de ley de universalidad del Sistema Nacional de Salud».

Los objetivos principales de esta investigación consisten en, por una parte, examinar las vicisitudes legislativas y políticas que ha experimentado la noción de la universalidad en la asistencia sanitaria en España desde 1986 y, por otra, realizar un análisis crítico de la amplia y compleja jurisprudencia constitucional desarrollada a la luz de la exclusión normativa de las personas extranjeras en situación irregular del acceso a la prestación sanitaria. En concreto, el examen de la jurisprudencia generada con respecto a este caso de estudio englobará tanto la dimensión de los derechos constitucionales implicados como el plano competencial derivado de las controversias territoriales en esta cuestión.

Varios de los ámbitos temáticos que confluyen en el análisis del Tribunal Constitucional (TC) a la luz de la reforma sanitaria revisten un destacado interés jurídico. En primer lugar, el TC dictó su primera resolución, y única hasta el momento, en la que se pronunció directamente acerca del encaje constitucional de la legislación gubernamental de urgencia cuando esta afecta a un derecho social contemplado en el Capítulo III de la CE (art. 43 CE)⁶. En segundo lugar, el TC también determinó si la restricción de la atención sanitaria al colectivo de extranjeros sin autorización de residencia implicaba una vulneración del derecho a la protección de la salud⁷. Asimismo, en tercer y último lu-

⁵ Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud (BOE 183, de 30 de julio de 2018, p. 76258).

⁶ STC 139/2016, de 21 de julio de 2016.

⁷ *Idem*.

gar, se desarrolló una nutrida jurisprudencia en el marco de las controversias de naturaleza competencial que surgieron con ocasión de la reforma, lo que constituye objeto de especial atención de este trabajo.

En particular, los numerosos recursos y conflictos constitucionales originados en torno a la reforma sanitaria han alumbrado cuestiones jurisprudenciales significativas tanto para el régimen compartido de competencias legislativas en general, como para el reparto competencial en materia sanitaria, en particular. Esta jurisprudencia constitucional se enmarca en la interpretación de aspectos fundamentales de la dimensión prestacional de la sanidad, esto es, en su vertiente subjetiva (titulares del derecho a la prestación), pero también en la objetiva (definición, regulación y financiación de las prestaciones). Específicamente, el abandono legislativo en el 2012 de las coordenadas de universalidad que habían inspirado las normas básicas estatales desde 1986, así como la adopción por parte de numerosas CC.AA. de medidas para preservar en su territorio el previo *statu quo* protector, justifican el carácter novedoso del fondo de los temas competenciales tratados. A este respecto, y a la luz de la exclusión sanitaria que incorporaban las nuevas bases normativas en la competencia compartida de sanidad interior, la jurisprudencia constitucional abordó por vez primera cuestiones relativas a la naturaleza y alcance de la regulación básica que define los sujetos con acceso a la prestación sanitaria pública y, en particular, el interrogante de si las normas básicas estatales agotan en su integridad este ámbito o si, por el contrario, permiten al legislador autonómico un margen material de desarrollo para ampliar el elenco subjetivo establecido por el nivel estatal. Asimismo, las reducciones en los porcentajes de copago farmacéutico a ciertos grupos vulnerables por razones socioeconómicas que algunas CC.AA. introdujeron en sus territorios para mantener las condiciones de aportación farmacéutica previas a la reforma, fueron también objeto de recurso por el Estado al diferir de las condiciones de financiación, más gravosas, fijadas en la nueva regulación básica.

La concepción relativa a las bases forjada desde un inicio por la doctrina del TC en el ámbito prestacional sanitario había pivotado, en líneas generales, sobre la noción de un mínimo común uniforme que, asimismo, habilitase un margen de desarrollo legislativo a las CC.AA. Sin embargo, las sentencias del TC dictadas en la resolución de las controversias competenciales con ocasión de la reforma, si bien en un contexto de un alto grado de discrepancia en el seno del Tribunal, cierran la posibilidad a las normas autonómicas de mejorar o complementar las normas estatales en ciertos aspectos centrales de la prestación.

En suma, las dinámicas territoriales reactivas ante una política estatal restrictiva del gasto público en facetas fundamentales de la sanidad, así como los complejos conflictos jurisdiccionales generados a raíz de la reforma objeto de estudio, revelan las tensiones inherentes a los procesos de traducción territorial de la igualdad en sistemas políticamente descentralizados. Desde este punto de vista, esta investigación trata también de explorar las coordenadas constitucionales que canalizan los conflictos entre las dinámicas de estandarización social y de autonomía política en el diseño legislativo compartido mediante el mecanismo «bases/desarrollo legislativo» de una de las políticas esenciales para la vertebración del Estado social, la sanidad interior. En la medida en que los conceptos constitucionales que articulan el alcance y efectos de la concurrencia legislativa resultan esenciales para definir la naturaleza y la división real de poderes existentes en un Estado compuesto, se hace necesario que la jurisprudencia constitucional consolide en este ámbito un mínimo de criterios razonablemente claros y estables para dotar de un mayor equilibrio a la garantía territorial de la igualdad material en el Estado social descentralizado. Bajo esta óptica, la presente investigación aborda en su última parte algunos criterios de otros sistemas legislativos concurrentes que pueden revestir interés en la búsqueda de una arquitectura espacial de la igualdad real en la que se garantice un espacio normativo autonómico para adoptar mejoras prestacionales en materia de protección social y sanitaria de colectivos vulnerables.

CAPÍTULO 1

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA UNIVERSALIDAD EN EL ACCESO A LA SANIDAD EN ESPAÑA

1.1. Inmigración y derechos sociales: consideraciones generales

Los derechos sociales de los inmigrantes, tanto desde una perspectiva constitucional como en relación con su desarrollo normativo, es una temática que ha sido objeto de escasa atención doctrinal, a pesar del crecimiento de los flujos de migración global a países con sistemas de protección social desarrollados. Según datos relativos al año 2023, el porcentaje de personas nacidas en el extranjero y residentes en países de la OECD aumentó de un 9% a un 11% en un período de diez años¹. En el ámbito de la Unión Europea (UE) los nacionales de terceros países representaban el 6,1% de su población total en el 2023². En términos generales, es innegable la relevancia que han adquirido los fenómenos de migración internacional, al involucrar a la práctica totalidad de países, ya sea como territorios de origen, de tránsito, de destino, o como combinación de estos³.

La mayoría de las democracias constitucionales articulan normativamente diferentes grados de acceso de los inmigrantes a prestaciones sociales, aunque el tipo y alcance de las mismas varíe considerablemente en función del estatus

¹ OECD, *International Migration Outlook 2024*. Paris: OECD Publishing, 2024, p. 51.

² EUROPEAN MIGRATION NETWORK (EMN), *Annual report on migration and asylum 2023*. Brussels: European Commission, Directorate-General for Migration and Home Affairs, July 2024, p. 9.

³ DE GUCHTENEIRE, Paul; PÉCOUD, Antoine, «Introduction: The UN Convention on Migrant Workers' Rights», en CHOLEWINSKI, R.; DE GUCHTENEIRE, P.; PÉCOUD, A. (eds.), *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 2.

migratorio⁴, así como del modelo de Estado social en el que se inserte cada sistema⁵. En el ámbito europeo, estudios comparados han determinado que el desarrollo legal de los derechos sociales de los inmigrantes ha estado condicionado por las sucesivas fases de expansión y de contracción por las que ha transitado el Estado del bienestar desde la segunda mitad del s. xx. Así, los períodos de crecimiento económico suelen conllevar una ampliación de los derechos sociales de los extranjeros, mientras que las limitaciones prestacionales del Estado social durante etapas de crisis económica habrían tenido un impacto desproporcionadamente alto en los derechos de este colectivo⁶.

En este sentido, las fases de retracción de las políticas públicas de integración social de los inmigrantes tienden a reavivar el paradigma constitucional tradicional en el que históricamente se forjó el concepto de ciudadanía como fundamento de los derechos sociales. Este modelo se ilustra de forma muy clara en el conocido planteamiento de T.H. Marshall, en el que se disgregan los tres elementos que conformarían la ciudadanía como resultado de un proceso histórico desarrollado en sucesivas etapas formativas: el reconocimiento de los derechos civiles (s. xviii), seguidos de los derechos políticos (s. xix) y, por último, la garantía de los derechos sociales (s. xx)⁷. El componente de igualdad básica que la noción de ciudadanía incorpora, permitiría avanzar hacia la igualdad social y debilitar la estratificación por clases sociales en tanto sistemas formalizadores de la desigualdad⁸. Bajo este esquema, hay que subrayar que el *demos* y la titularidad de los derechos se vinculan a la noción de ciudadanía como expresión de una pertenencia plena a la nación. Desde otra perspectiva histórica que integra los aspectos externos de la ciudadanía (*vs.* los no ciudadanos), Ferrera confirma que la conformación de los Estados sociales en Europa,

⁴ A modo de ejemplo, y sin carácter exhaustivo, cabe mencionar a los solicitantes de asilo, a las personas reconocidas como refugiadas, a los migrantes por reunificación familiar o a quienes se encuentran en situación irregular.

⁵ SAINSBURY, Diane, *Welfare States and Immigrant Rights. The Politics of Inclusion and Exclusion*. Oxford: Oxford University Press, 2012. A partir de la clasificación propuesta por Gøsta Esping-Andersen respecto a la tipología de los diferentes Estados de bienestar, esta autora desarrolla un exhaustivo marco analítico para explorar comparativamente el impacto que cada modelo ha ejercido en la evolución de los derechos sociales y de las políticas de inclusión de los inmigrantes en los casos de EE.UU., Reino Unido, Alemania, Francia, Suecia y Dinamarca.

⁶ *Ibid.*, p. 281.

⁷ MARSHALL, Thomas H., *Citizenship and Social Class, and other essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 1950, pp. 10-27.

⁸ *Ibid.*, pp. 28-31.

a través de la puesta en marcha de los esquemas de solidaridad social y redistribución financiera, lograron fomentar de forma decisiva la cohesión social en cada Estado-nación, pero simultáneamente requirieron procesos de cierre territorial en los que el reconocimiento de derechos sociales se circunscribía a la esfera de la ciudadanía⁹.

La atribución de derechos sociales a los extranjeros, que empezó a consolidarse en Europa a partir de los años 70, obedece, sin embargo, a unas lógicas diferentes a los paradigmas descritos. A este respecto, Guiraudon recuerda que los inmigrantes o no-ciudadanos tuvieron acceso a los beneficios sociales y prestacionales, como la sanidad o la educación, antes que a los de naturaleza política, cuya atribución es todavía muy limitada. Desde esta perspectiva, la extensión normativa de los derechos prestacionales a los inmigrantes implicó un desplazamiento de la nacionalidad como fundamento atributivo de la titularidad de los mismos a favor de la residencia legal en el territorio¹⁰.

La singularidad de las políticas prestacionales y de integración social de los inmigrantes también se evidencia desde una óptica política, en la medida en que están dirigidas a mejorar las condiciones de vida de una minoría de la población que no tiene derecho a voto en las elecciones generales o nacionales, que cuenta con acceso muy limitado a los centros de decisión política y que son objeto de hostilidad por parte de corrientes políticas extremas de orientación xenófoba¹¹.

Junto a ello, se constata que en ciclos de reestructuraciones industriales, transformaciones económicas o aumentos acusados del desempleo, la emergencia de políticas populistas antinmigración ha tenido un carácter recurrente en la historia. Inversamente, cuando el crecimiento económico favorece el fortalecimiento de la función redistributiva y socialmente protectora de los Estados democráticos, resulta improbable que las políticas de control migratorio adquieran relevancia electoral¹². Cabe destacar igualmente que, en contextos so-

⁹ FERRERA, Maurizio, *The Boundaries of Welfare: European Integration and the New Spatial Politics of Social Solidarity*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 53-76.

¹⁰ GUIRAUDON, Virginie, *Les politiques d'immigration en Europe. Allemagne, France, Pays-Bas*. Paris: L'Harmattan, 2000, pp. 43-53; de la misma autora, véase también, *The Marshallian Triptych Re-Ordered: the Role of Courts and Bureaucracies in Furthering Migrant Social Rights*. EUI Working Paper EUI, núm. 99/1, 1999, pp. 2-18.

¹¹ GUIRAUDON, *op. cit.*, *Les politiques d'immigration...*, p. 20.

¹² GUIRAUDON, Virginie; JOPPKE, Christian, «Controlling a New Migration World», en GUIRAUDON, V.; JOPPKE, C. (eds.), *Controlling a New Migration World*. London: Routledge, 2001, pp. 9-10.

cialmente aversos a la inmigración, los estudios comparados coinciden en identificar el papel crucial de la actividad jurisdiccional, en particular de la jurisdicción constitucional, como garante de la prohibición de discriminación y del conjunto de derechos y libertades fundamentales de este colectivo¹³.

Como es sabido, los países industrializados afrontan hoy en día retos demográficos por la disminución del volumen de los grupos de personas en edad de trabajar y las bajas tasas de natalidad, con graves consecuencias en las perspectivas de crecimiento económico y de gastos públicos, así como en la sostenibilidad de los sistemas de pensiones. Este es el contexto argumental, por ejemplo, en el que la UE enmarca el fomento de la migración legal de nacionales de terceros países que se liga, concretamente, a los objetivos de hacer frente a la escasez de mano de obra, colmar las lagunas de cualificación e impulsar el crecimiento económico. A estas necesidades de índole social y económica, que coinciden con las que de forma general y prevalente se esgrimen a favor de la inmigración, se contraponen aquellos argumentos que apoyan su restricción en términos de seguridad o por consideraciones de desestabilización de tipo demográfico o económico¹⁴.

En el caso concreto de la inmigración irregular, en cuyas coordenadas normativas de inclusión y exclusión discurre el objeto de estudio en este trabajo, confluyen, por una parte, los mandatos democráticos en el orden constitucional e internacional a favor del reconocimiento de derechos fundamentales a todas las personas residentes en el territorio con independencia de su situación migratoria y, por otra, el ejercicio de la competencia estatal de control y gestión de la inmigración.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) señala en su Glosario sobre Migración que, si bien no existe una definición universalmente aceptada para el término «migración irregular», su significado está generalmente asociado al «movimiento de personas que se produce al margen de las leyes, las normas o los acuerdos internacionales que rigen la entrada o la salida del país de origen, de tránsito o de destino»¹⁵. En su breve explicación

¹³ JOPPKE, Christian, «The Legal-domestic Sources of Immigrant Rights: The United States, Germany, and the European Union», en *Comparative Political Studies*, 34(4), 2001, pp. 343 y ss.; GUIRAUDON, *op. cit.*, *Les politiques d'immigration...*, pp. 201-225.

¹⁴ ALEINIKOFF, Alexander T., «Inherent Instability. Immigration and Constitutional Democracies», en GRABER, M. A.; LEVINSON, S.; TUSHNET, M. (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*. Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 485-489.

¹⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM), *Glosario de la OIM sobre Migración*. Ginebra: OIM. ONU MIGRACIÓN, 2019, p. 128.

conceptual, se destaca expresamente a determinados colectivos que, ante la falta de alternativas, podrían verse abocados a recurrir a vías de migración irregular, tales como los refugiados, las víctimas de trata y los menores no acompañados. En congruencia con esta acepción genérica del proceso de migración irregular, al «migrante en situación irregular» se le identifica como la «persona que se desplaza o se ha desplazado a través de una frontera internacional y no ha sido autorizada a ingresar o permanecer en un Estado de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte»¹⁶. La definición de este mismo concepto propuesta por la Red Europea de Migraciones (EMN) se formula en términos algo más específicos, si bien no difiere sustancialmente de la propuesta por la OIM: «En un contexto global, se trata de la persona que, debido a una entrada irregular, al incumplimiento de las condiciones de entrada o a la caducidad de la autorización legal de acceso y residencia, carece de un estatus jurídico válido en un país de tránsito o de acogida»¹⁷.

La definición en términos más concretos del fenómeno de la migración irregular ha sido objeto de debate en la doctrina, que reconoce ampliamente la dificultad que entraña consensuar contenidos más comprehensivos del concepto¹⁸. Esencialmente, ello es debido a que esta noción engloba a una multiplicidad de categorías jurídicas generadas por la confluencia de estatus vinculados con la entrada en el territorio, con la permanencia en el mismo y con la dimensión laboral¹⁹. La heterogeneidad de situaciones que quedarían incorporadas en la noción de irregularidad en Europa ilustra la complejidad

¹⁶ *Ibid.*, p. 134.

¹⁷ EUROPEAN MIGRATION NETWORK (EMN), «Irregular migrant», en *EMN Asylum and Migration Glossary 10.0*. Brussels: European Commission, 2025, p. 346. En el contexto de la UE, la EMN define al migrante en situación irregular como «un nacional de un tercer país presente en el territorio de un Estado Schengen que no cumple, o ha dejado de cumplir, las condiciones de entrada establecidas en el Reglamento (UE) 2016/399 (Código de Fronteras Schengen), u otras condiciones de entrada», p.346 [traducciones de la autora].

¹⁸ *Vid.*, por ejemplo, AMBROSINI, Maurizio; HAJER, Minke H. J., *Irregular Migration*. Springer, Cham, 2023, p.15; TRIANDAFYLIDOU, Anna; BARTOLINI, Laura, «Understanding Irregularity», en SPENCER, S.; TRIANDAFYLIDOU, A. (eds.), *Migrants with Irregular Status in Europe. Evolving conceptual and policy challenges*. Cham: Springer, 2020, pp. 13-15; CRAWLEY, Heaven; SKLEPARIS, Dimitris, «Refugees, migrants, neither, both: categorical fetishism and the politics of bounding in Europe's "migration crisis"», en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 44 (1), 2018, pp. 48-64.

¹⁹ TRIANDAFYLIDOU; BARTOLINI, *op.cit.*, «Understanding Irregularity», p.16.

resultante de la interacción entre los planos mencionados. Así, conforme a un esquema no exhaustivo de situaciones de irregularidad migratoria²⁰, estarían incluidos, entre otros supuestos, (a) las personas extranjeras empleadas sin la correspondiente autorización administrativa para trabajar y que hubieran ingresado en el territorio nacional con visado de turista; (b) los casos en los que hayan dejado de concurrir las condiciones que fundamentaron la concesión inicial del permiso de residencia, tales como la imposibilidad de acreditar una relación laboral para la obtención o renovación del permiso de trabajo o la finalización del período de estudios en el caso de estudiantes; (c) las personas que hubieran accedido de forma irregular y no hayan logrado regularizar su situación; (d) aquellas que, aun habiendo ingresado irregularmente, consten registradas ante las autoridades competentes —por ejemplo, los solicitantes de protección internacional cuya solicitud hubiera sido desestimada—; (e) las situaciones de «permanencia tolerada» sin estatus administrativo regular²¹; (f) los descendientes de personas que residan de manera irregular; y, finalmente, (g) los supuestos de ingreso al país mediante la utilización de documentación falsificada.

En este contexto, diversos marcos analíticos recientes han intentado sistematizar los supuestos más frecuentes de irregularidad migratoria en la UE, centrándose en tres causas principales: la «demográfica», la «geográfica» y la relativa al estatus «administrativo»²². El acceso «demográfico» a la irregularidad se refiere, bien a la transmisión de ese estatus por parte de los progenitores a sus hijos, bien por la imposibilidad de que estos últimos obtengan la autorización para residir incluso con progenitores que sí dispongan de ella. La de tipo «geográfico» engloba a los accesos a la UE sin autorización e incluye tanto a las entradas fronterizas clandestinas, como a aquellos accesos previamente rechazados por falta de la documentación requerida. Por último, la

²⁰ *Idem.*

²¹ Bajo este supuesto, las autoras se refieren a aquellas personas que, con o sin el documento que acredita la suspensión de su expulsión, se encuentran en una situación de residencia «semilegal». Ello ocurriría, por ejemplo, cuando la ejecución del retorno resulta inviable por la inexistencia de un acuerdo con el Estado de origen o de tránsito, o bien cuando no es posible determinar la nacionalidad de la persona inmigrante.

²² KRALER, Albert; AHRENS, Jill, *Conceptualising migrant irregularity for measurement purposes*. MIRREEM Working paper núm. 2, 2023, pp. 27-28; NÄRE, Lena; PALUMBO, Letizia; MERIKOSKI, Paula; MARCHETTI, Sabrina, *The Legal and Policy Infrastructure of Migrant Irregularity. Comparative Report*. I-CLAIM, 2024, pp. 10-11.

irregularidad derivada del «estatus administrativo» abarcaría a los supuestos en los que la persona extranjera permanece en el país tras la expiración de su visado o autorización de residencia, así como cuando continúa en el territorio tras la revocación de dicha autorización o la denegación de su solicitud de asilo. Diversos estudios ponen de manifiesto que, entre los distintos canales señalados, la vía «administrativa» es la que predominaría en la práctica en Europa²³. Implicaría, por tanto, un acceso mayoritario al territorio de forma legal, pasando a una situación no regular tras la finalización del período autorizado.

Dado que la inmigración irregular, por su propia naturaleza, discurre al margen de los cauces institucionales, resulta muy difícil cuantificar estos flujos migratorios y su población de forma sistemática y precisa. En el ámbito de la UE, algunos estudios cifraron su dimensión en un rango de 2,9 a 3,8 millones de personas en el año 2017²⁴. Durante el período 2016-2023 se calculó que la presencia de población extranjera en situación irregular en 12 países europeos oscilaba entre los 2,6 y 3,2 millones, por lo que se trataría de un porcentaje proporcionalmente bajo que no representaría ni siquiera el 1% de la población total²⁵. Según datos de la UE, en el 2024 se detectaron casi un millón de nacionales de terceros países en situación irre-

²³ Vid. AMBROSINI; HAJER, *op.cit.*, *Irregular Migration*, p.16; TRIANDAFYLIDOU, Anna (co-ord.), *Undocumented Migration: Counting the Uncountable. Data and Trends Across Europe (CLANDESTINO project)*. Final Report. Athens: Hellenic Foundation for European and Foreign Policy, 2009, p.122; SPENCER, Sarah; TRIANDAFYLIDOU, Anna, «Irregular Migration», en SCHOLTEN, P. (ed.) *Introduction to Migration Studies*. Cham: Springer, 2022, p. 192. Específicamente, el CES, en su *Informe sobre la realidad migratoria en España: Prioridades para las políticas públicas* (2025), hace hincapié en la necesidad de abordar y prevenir las múltiples situaciones que devienen en irregularidad administrativa sobrevenida (esto es, habiendo tenido un permiso de residencia legal en España, se pierde la posibilidad de renovarlo al no cumplir con los requisitos), pp. 58-60.

²⁴ Según datos de Eurostat y de la Encuesta trimestral de Población Activa de la UE, sin incluir a los solicitantes de asilo. Se trata de una cifra inferior a los 4,1-5,3 millones de 2016, debido fundamentalmente a la intensificación de los controles fronterizos, véase el informe de: PEW RESEARCH CENTER, *Europe's Unauthorized Immigrant Population Peaks in 2016, Then Levels Off*. November 2019, p.4.

²⁵ Según los datos recopilados en el marco del proyecto «Measuring Irregular Migration» (MIrreM), KIERANS, Denis; VARGAS-SILVA, Carlos, *The irregular migrant population in Europe*. MIrreM Working Paper núm. 11, 2024, p. 29. Los países objeto del estudio fueron Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Polonia, España y Reino Unido.

gular en la UE, lo que implica una disminución del 27,4 % en comparación con los datos del 2023²⁶.

La dificultad metodológica para cuantificar la inmigración irregular es también imputable al carácter dinámico, cambiante y tendencialmente coyuntural de la irregularidad en los estatus migratorios. En este sentido, la Comisión Europea declaraba que, pese a no disponer de cifras concretas, era razonable suponer que el flujo neto de inmigrantes en situación irregular era muy inferior a la afluencia total, ya que una cantidad significativa de personas termina regularizando su situación, abandona la UE o regresa a sus países de origen²⁷. Respecto a los cambios en los estatus migratorios tendentes a la regularidad, se ha constatado el frecuente recurso de países de la OECD a procesos de regularizaciones a gran escala, con el objetivo fundamental de facilitar la cobertura legal de las contrataciones de extranjeros que responden a necesidades productivas que no pueden ser satisfechas por el mercado de trabajo nacional²⁸.

Asimismo, la irregularidad de la situación administrativa tiene, en muchos casos, un carácter intrínsecamente transitorio, al agotarse una vez que se satisfacen las diferentes condiciones de arraigo establecidas por cada sistema. También es evidente que, en sentido contrario, la modificación del marco normativo migratorio en sentido restrictivo puede conllevar una sobrevenida irregularidad de situaciones previamente contempladas como legales. En definitiva, el estado jurídico de irregularidad destaca, en este sentido, por su naturaleza dinámica o «fluida»²⁹.

El rasgo de la variabilidad, unido a las ambigüedades legales que presentan ciertas situaciones migratorias complejas, explica el uso extendido en la literatura sociojurídica sobre inmigración del término «semicumplimiento» (o «se-

²⁶ EUROSTAT, *Enforcement of immigration legislation statistics*. European Commission, 5 mayo 2025. Disponible en: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/SEPDF/cache/37449.pdf> (Accedido: 26 noviembre 2025).

²⁷ Comisión Europea, «Commission staff working document - Accompanying document to the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council providing for sanctions against employers of illegally staying third-country nationals- Impact assessment», SEC (2007) 0603 final, de 16 de mayo de 2007.

²⁸ KRALER, Albert, *Regularisation: A misguided option or part and parcel of a comprehensive policy response to irregular migration*. IMISCOE Working Paper núm. 24, 2009, pp. 16 y ss.

²⁹ BERG, Laurie, *Migrant Rights at Work. Law's Precariousness at the Intersection of Immigration and Labour*. London: Routledge, 2015, p. 161; CRAWLEY; SKLEPARIS, *op.cit.*, «Refugees, migrants, neither, both...», pp. 51-52; SPENCER; TRIANDAFYLIDOU, *op.cit.*, «Irregular Migration», p. 191.

milegalidad») para denotar los matices híbridos y compuestos de algunos casos. Se trata de herramientas conceptuales que permiten profundizar en el carácter multifacético de algunas condiciones migratorias y que, desde esta perspectiva, desafían la distinción dicotómica entre «legalidad vs. ilegalidad», respondiendo, más bien, a un esquema gradual o a un *continuum* de condiciones ubicadas entre la regularidad y la irregularidad³⁰.

La reducción de la inmigración irregular hacia el continente europeo, que tiende a concentrarse en flujos migratorios desde el sur y el este, constituye desde los años 2000 una de las prioridades políticas en la agenda migratoria de la UE. Las medidas al respecto se centran fundamentalmente en la prevención de la entrada irregular de nacionales de terceros países (mediante acciones coordinadas en el ámbito del control de fronteras, la lucha contra el tráfico ilícito de migrantes y la cooperación con terceros países, entre otras), así como en el establecimiento de procedimientos comunes en materia de retorno³¹. Si bien estas políticas podrían explicar puntuales contenciones en el aumento de la migración irregular³², no han logrado el objetivo de reducirla.

La persistencia de este fenómeno no es reconducible a una única explicación, ya que emerge como el resultado complejo de la interacción de una multiplicidad de factores, desde las diferentes situaciones migratorias, causas radi-

³⁰ En este sentido, *vid.* KUBAL, Agnieszka, «Conceptualizing semi-legality in migration research», en *Law & Society Review*, 47(3), 2013, pp. 555-587; BERG, *op.cit.*, *Migrant Rights at Work...*, p. 161; TRIANDAFYLIDOU; BARTOLINI, *op.cit.*, «Understanding Irregularity», pp. 13-14.

³¹ En concreto, tanto la externalización del control de las fronteras como la aplicación de la Directiva de Retorno de 2008 (Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DO L 348, de 24 de diciembre de 2008, p. 98), han sido objeto de críticas persistentes por sus implicaciones éticas y políticas. Actualmente, en el marco de las reformas realizadas por el «Pacto sobre Migración y Asilo», la Comisión Europea ha propuesto el 11 de marzo de 2025 un nuevo sistema común para los retornos de personas indocumentadas. Para profundizar en las cuestiones más problemáticas de la propuesta de reforma desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales *vid.*, por ejemplo, BORNEMANN, Jonas, «Efficiency, but at What Cost: The Commission's Proposal for a Common European System for Returns», en *VerfBlog*, 21 de marzo de 2025; MAJCHER, Izabella, «The New EU "Common System for Returns" under the Return Regulation: Evidence-Lacking Lawmaking and Human Rights Concerns», en *EU Law Analysis*, 2 de abril de 2025.

³² De acuerdo con los datos de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex), durante los dos primeros meses de 2025, los cruces fronterizos irregulares disminuyeron en un 25%.

cadadas en la economía y en el funcionamiento del mercado laboral, así como en las propias políticas estatales. De forma general, se identifica un déficit de procedimientos normativos canalizadores de la migración legal, que se une a frecuentes lagunas, deficiencias técnicas o ausencia de implementación efectiva de los ya existentes que, en su conjunto, actuarían como factores propiciadores de la persistencia y desarrollo de la inmigración irregular en cada país³³.

Asimismo, otra de las cuestiones cruciales que subyace al desarrollo de esta realidad es la relación entre la inmigración irregular y la economía sumergida. En este contexto confluye la necesidad de obtener un empleo accesible con la oferta de trabajo en condiciones laborales y económicas muy precarias que los residentes en situación de irregularidad se ven obligados a aceptar. La vulnerabilidad de la posición laboral de los trabajadores no declarados e indocumentados es evidente ante la posibilidad de expulsión en el caso de ser detectados. El empleo ilegal tiende a concentrarse en sectores en los que se exige una baja cualificación profesional y en cuya expansión la participación de los inmigrantes ha resultado ser indispensable, como, por ejemplo, en la construcción, agricultura, hostelería o en el trabajo doméstico, entre otros³⁴.

³³ TRIANDAFYLIDOU, A., *op.cit.*, *Undocumented Migration: Counting the Uncountable. Data and Trends Across Europe*, pp. 18-19, 120-128; NÄRE, L. *et al.*, *op.cit.*, *The Legal and Policy Infrastructure...*, pp. 17-24. En estos estudios se evidencia que las políticas restrictivas en materia migratoria y de asilo, al no quedar limitadas a la reducción de las rutas legales de entrada, sino que suelen implicar también una intensificación de la precarización y temporalidad del estatus jurídico de los permisos de residencia, abocan por lo general a un aumento de las situaciones de irregularidad. En este sentido, *vid.* la noción de «precariedad administrativa» aplicado en NÄRE, L. *et al.*, *op.cit.*, *The Legal and Policy Infrastructure...*, pp. 6 y ss.

³⁴ *Vid.* Comisión Europea, *op.cit.*, «Commission staff working document - Accompanying document to the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council providing for sanctions against employers of illegally staying third-country nationals- Impact assessment», 2007. El 18 de junio de 2009 se adoptaba la Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE L 168, de 30 de junio de 2009, p. 24). Sin embargo, la doctrina coincide en señalar las limitaciones estructurales de la misma, reproducidas en su implementación nacional, para mejorar la protección de los trabajadores indocumentados frente a la explotación laboral; a este respecto, *vid.*, entre otros, PALUMBO, Letizia, *Taking Vulnerabilities to Labour Exploitation Seriously: A Critical Analysis of Legal and Policy Approaches and Instruments in Europe*. Cham: Springer, 2024, pp. 113-120; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Protecting migrants in an irregular situation from labour exploitation. Role of the Employers Sanctions Directive*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2021.

Todas estas coordenadas, brevemente expuestas, ponen de manifiesto el carácter complejo de esta realidad modulada por la confluencia, por una parte, de la naturaleza cambiante y voluble de las condiciones normativas que sostienen la irregularidad y, por otra, de su dependencia de las prácticas formales e informales en cada Estado. Con todo, a pesar del rasgo multifactorial y tendencialmente coyuntural de la vigencia del estado migratorio irregular en los sujetos, la ilegalidad administrativa es instrumentalizada por los discursos políticos ultraconservadores para fabricar mitos deshumanizadores y criminalizadores de este colectivo que, a su vez, nutren el caldo de cultivo para las posiciones antiinmigratorias en parte de la opinión pública.

La precariedad de las condiciones de vida de las personas indocumentadas se proyecta también en impedimentos para la satisfacción de necesidades básicas, lo que les aboca a un contexto de «vulnerabilidades incrementadas»³⁵. Un estudio comparado muy reciente acerca de los niveles de protección social y laboral de los inmigrantes en situación irregular en 28 países europeos concluía que, por lo general, el nivel de prestaciones sociales reconocido a este colectivo tendía a ser más bajo que el existente en el ámbito laboral³⁶. En concreto, los derechos con un mayor nivel de protección en todos los países coinciden en la existencia de un marco mínimo vinculante a nivel internacional y/o europeo, como son la asistencia sanitaria de urgencia, la educación obligatoria para menores y el derecho al cobro de salarios atrasados³⁷. Por otra parte, los derechos de este colectivo de extranjeros que concentran los niveles más bajos de protección se circunscriben a ámbitos no respaldados por estándares supranacionales explícitos, como, por ejemplo, el acceso a la vivienda social, los ingresos mínimos vitales o la educación y formación en niveles superiores³⁸. La exclusión de

³⁵ Comité Europeo de Derechos sociales (CEDS), Observación interpretativa del derecho a la protección a la salud en tiempos de pandemia, de 21 de abril de 2020, p.4.

³⁶ Vid. FOX-RUHS, Clare; PALME, Joakim, *Measuring and Analysing the Social and Labour Rights of Irregular Migrants: New Indicators for Twenty-Eight European Countries*, PRIME Research Paper, Florence: European University Institute, 2025.

³⁷ Por ejemplo, a través de los instrumentos normativos de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta Social Europea) y en virtud de la Directiva 2009/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

³⁸ FOX-RUHS, C.; PALME, J., *op.cit.*, «Measuring and Analysing the Social...», pp. 38-40.

muchos de los mecanismos para hacer frente a la precariedad mediante una red de protección existencial agrava los riesgos de sufrir pobreza laboral, indigencia, falta de vivienda, violencia y explotación³⁹. Las políticas de austeridad tras la crisis financiera del 2008, así como la pandemia por la COVID-19, agudizaron la situación de desprotección asistencial del grupo personas indocumentadas y evidenciaron la necesidad de abordar el afianzamiento del acceso universal a determinados servicios.

Esta situación de insuficiencia en la provisión de garantías básicas se produce, sin embargo, en un contexto general de avance en la protección jurisdiccional de los derechos de naturaleza social y económica como articuladores de núcleos de bienes o valores particularmente importantes⁴⁰. Específicamente, en el marco de la protección internacional de los derechos humanos, los vínculos tan estrechos del derecho a la sanidad o a la vivienda con el derecho de toda persona a la vida, a la integridad física y mental o a la dignidad, unidos en muchos casos a la prohibición de discriminación, han fundamentado el reconocimiento jurisprudencial de los mismos a personas con un estatus irregular en el territorio, ante la acción omisiva de los poderes públicos o frente a medidas legislativas o administrativas restrictivas⁴¹. No obstante, los umbrales que nor-

³⁹ PICUM (Plataforma para la Cooperación Internacional sobre los Migrantes Indocumentados en Europa), *Panorama de las medidas de protección sociales de los Gobiernos nacionales y locales para las personas migrantes en situación irregular*. Bruselas: PICUM, 2022, p.4.

⁴⁰ LANGFORD, Malcolm, «The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory», en LANGFORD, M. (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 3-5.

⁴¹ En el ámbito de la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), *vid.*, entre otras muchas, las siguientes decisiones sobre el fondo en materia del derecho a la vivienda de colectivos vulnerables: European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) c. Países Bajos, Reclamación 86/2012, de 2 de julio de 2014; International Commission of Jurists (ICJ) and European Council for Refugees and Exiles (ECRE) c. Grecia, Reclamación 173/2018, de 26 de enero de 2021. Para un tratamiento más desarrollado de esta cuestión, *vid.* SOBRINO GUIJARRO, Irene, «El derecho a la vivienda (art. 31 CSER)», en CANOSA USERA, R. L. y CARMONA CUENCA, E. (eds.), *La Europa de los Derechos Sociales. La Carta Social Europea y otros sistemas internacionales de protección*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2024, pp. 429-454. En el ámbito concreto de los derechos sanitarios reconocidos a inmigrantes en situación de irregularidad según la doctrina del CEDS, véase la relevante decisión de fondo: International Federation of Human Rights (FIDH) c. Francia, Reclamación 14/2003, de 8 de septiembre de 2004. Con relación al alcance subjetivo de los derechos sociales de la Carta Social Europea revisada, *vid.* LUKAS, Karin, *The revised European Social Charter. An Article by Article Commentary*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 359-365. En el ámbito de la jurisprudencia

malmente se fijan en la identificación de responsabilidad pública por lesiones de derechos humanos de carácter social son ciertamente altos, además de estar ligados, por lo general, a contenidos vinculantes básicos enfocados en impedir las consecuencias más graves en la vida o integridad de los sujetos.

Los debates que han acompañado de forma persistente a la cuestión del alcance de los derechos constitucionales prestacionales tienden a agudizarse cuando se trata de su garantía al colectivo de migrantes indocumentados. El alto grado de indeterminación constitucional de la mayoría de los derechos sociales, así como su eficacia relativamente debilitada en comparación con la correspondiente a los derechos civiles y políticos, son factores que amplifican la porosidad de las coordenadas constitucionales ante retracciones legislativas en la protección social de este grupo de extranjeros. Sin embargo, el control constitucional de la legislación restrictiva de la protección social de este colectivo debería integrar en su análisis de ponderación el impacto de la misma en sus condiciones de precariedad y vulnerabilidad socioeconómica. A este respecto, resultan relevantes algunos de los parámetros aplicados en la justicia constitucional comparada para determinar el núcleo indisponible de determinados derechos prestacionales básicos que asegure su adecuación normativa en la satisfacción de necesidades básicas vinculadas a la dignidad, integridad física o autonomía de colectivos de extranjeros⁴².

cia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), las siguientes sentencias reflejan los criterios interpretativos más relevantes a partir de los cuales el TEDH ha inferido obligaciones positivas de los Estados en la provisión de sanidad a extranjeros en situación irregular: 29 de abril de 2002, *Pretty c. Reino Unido*, CE:ECHR:2002:0429JUD000234602; de 10 de marzo de 2011, *Kiyutin c. Rusia*, CE:ECHR:2011:0310JUD000270010; de 15 de marzo de 2016, *Norvruk and Others c. Rusia*, CE:ECHR:2016:0315JUD003103911.

⁴² A este respecto, por ejemplo, resulta muy interesante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán en la que se profundiza y consolida el derecho a una «existencia mínima digna» de los solicitantes de asilo en el marco de dos casos de control de constitucionalidad de normativa relativa a las prestaciones básicas: caso «Hartz IV», sobre prestaciones de desempleo (*BVerfGE*, 125,175, de 9 febrero 2010), y el caso relativo a la «Ley de prestaciones de solicitantes de asilo», en materia de ayudas de asistencia social (*BVerfGE*, 132, 134, de 18 de julio 2012). Klatt argumenta que el análisis de constitucionalidad de la Corte se estructuró mediante la combinación de un control de la legislación de «alta intensidad» (aplicado a las características del procedimiento para determinar la cantidad prestacional de subsistencia), con otro de «baja intensidad» (en la determinación de la cantidad concreta), en KLATT, Matthias, «Positive rights: Who decides? Judicial review in balance», en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, 2, 2015, pp. 362 y ss. En la misma materia, véase también el análisis de WINKLER, Inga

A continuación, este capítulo se enfocará en el análisis de las principales etapas normativas a través de las que, desde 1986 hasta la actualidad, se ha ido conformando la noción de universalidad en el acceso al sistema público de salud en España, con especial atención a la modulación del derecho a la prestación sanitaria para el grupo de inmigrantes en situación irregular.

1.2. Recorrido legislativo hasta 2012

1.2.1. FASE INICIAL: LEY GENERAL DE SANIDAD DE 1986

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), estableció los principios y criterios sustantivos configuradores del Sistema Nacional de Salud (SNS). Dos de los ejes principales que informaron la conformación de este modelo sanitario radicarón, por una parte, en su aspiración universalista y, por otra, en la aplicación de una perspectiva territorial coherente con el proceso de descentralización sanitaria definido por el marco constitucional y estatutario.

Con relación al primer objetivo, la LGS se funda en la necesidad de progresar en la efectividad del derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 CE mediante el establecimiento de las bases para la conformación gradual de un sistema de salud universalista y de financiación no contributiva⁴³. Se

T.; MAHLER, Claudia, «Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Era in German Socio-Economic Rights Jurisprudence?», en *Human Rights Law Review*, vol. 13, 2, June 2013, pp. 388-401.

⁴³ LGS 14/1986, arts. 1 y 46. Con respecto a la forma de financiación del SNS, a pesar de que el texto de la LGS contempló una fuente mixta de financiación mediante recursos de las Administraciones públicas, cotizaciones sociales y tasas por la prestación de determinados servicios (arts. 78 y 79), el nuevo modelo sanitario aspiraba a incrementar progresivamente la financiación del sistema mediante impuestos generales, en detrimento de las aportaciones provenientes de las cotizaciones a la Seguridad Social. La Ley 37/1988, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, reformó el sistema de financiación de la sanidad, en virtud del cual la mayor parte de su carga financiera se empezó a asumir mediante impuestos estatales, hasta que los presupuestos de 1999 completaron la financiación de sanidad a través de impuestos y totalmente desvinculada de las cotizaciones sociales. Al respecto, *vid.* VILAR-RODRIGUEZ, Margarita; PONS-PONS, Jerònia, «El debate en torno al seguro de salud público y privado en España: desde la transición política a la Ley General de Sanidad (1975-1986)», en *Historia y Política*, 39, 2018, pp. 283-287; SEVILLA, Francisco, *La universalización de la asistencia sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*. Fundación Alternativas, Documento de trabajo 86, 2006.

contempla el principio general de la extensión de la asistencia sanitaria pública a toda la población y el acceso a la misma en condiciones de igualdad efectiva. En concreto, se reconoce el derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a todos los ciudadanos, así como a los extranjeros residentes en España. Para aquellos extranjeros no residentes el alcance del derecho se vincula al contenido determinado por las leyes y los convenios internacionales⁴⁴. Si bien de forma muy genérica, esta previsión colmaba parcialmente la laguna existente en la ley de extranjería entonces vigente, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España⁴⁵, que no contemplaba ninguna disposición con relación a la prestación sanitaria de este colectivo. La LO 7/1985 constituyó el primer instrumento de política de extranjería del país y articulaba un enfoque fundamentalmente administrativo de la materia, centrado en la regulación de los requisitos de entrada, residencia, trabajo y expulsión, en coherencia con un contexto aún muy incipiente de inmigración hacia España desde países no comunitarios⁴⁶.

Con relación al segundo eje de la LGS, la profundización en la garantía de la igualdad efectiva modula también el modelo organizativo desde el punto de vista territorial. La función rectora del legislador estatal para establecer las características generales y comunes del modelo sanitario se inserta en su competencia para legislar las bases en sanidad interior (art. 149.1.16 CE). El legislador justifica el carácter materialmente básico de esta responsabilidad en su trascendencia para garantizar el derecho a la salud de la población, así como para asegurar la igualdad de las condiciones de vida en todo el territorio, la coordinación de las actuaciones públicas, el funcionamiento de los servicios públicos sobre mínimos uniformes y, por último, la efectiva planificación sanitaria que mejore tanto los servicios como sus prestaciones⁴⁷. En coherencia con este esquema, la LGS definió el catálogo de prestaciones mínimas que, con carácter general y de forma gratuita, se dispensarían en todo el territorio nacional, sin perjuicio de que las CC.AA., en el ejercicio de su autonomía financiera

⁴⁴ LGS 14/1986, art. 1, apartados 2 y 3. El texto original del art. 1 de esta ley no ha sido objeto de modificación desde su publicación, el 29 de abril de 1986. En el art. 3.2 se establece que «la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española», mientras que la disposición transitoria quinta concretaba que tal extensión se realizaría de forma progresiva.

⁴⁵ Publicada en el BOE 158, de 3 de julio de 1985, p. 20824.

⁴⁶ Vid. RELANO PASTOR, Eugenia, «Los continuos cambios de la política de inmigración en España», en *Migraciones Internacionales*, vol. 2, núm. 3, ene./jun., 2004, p. 111.

⁴⁷ Exposición de motivos, LGS.

y de sus competencias legislativas de desarrollo de las bases, ampliasen tales prestaciones mediante políticas públicas propias en el ámbito sanitario y asistencial.

En suma, el modelo sanitario que adoptó el legislador al aprobar el SNS mediante la ley de 1986 radicaba, esencialmente, en un sistema público, único y políticamente descentralizado, fundado en el principio de servicio universal y que situaba como eje de la prestación sanitaria a las CC.AA.⁴⁸ Sin embargo, la complejidad de los procesos de integración requeridos para crear un modelo que operase bajo una total descentralización de la gestión de los servicios sanitarios justificaba, como la propia LGS preveía, un desarrollo gradual⁴⁹. En concreto, la LGS condicionó la transferencia de la red asistencial de los servicios sanitarios del INSALUD⁵⁰ a la asunción por las respectivas CC.AA. de la competencia en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social⁵¹. Fue en 1999 cuando culminaron las reformas de los Estatutos de Autonomía operadas en la legislatura 1996-2000, con el objeto de ampliar las competencias de aquellas CC.AA. que habían accedido a la autonomía por la «vía lenta» (art. 143 CE). En virtud de las reformas estatutarias, estas CC.AA. asumieron, entre otras, la competencia en materia de ejecución de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, igualándose así al techo competencial que en este ámbito ya disfrutaban las CC.AA. que accedieron al autogobierno por la «vía rápida» (art. 151 CE).

En paralelo, la configuración de un nuevo sistema de financiación fue esencial para articular la separación de la asistencia sanitaria del régimen de la Seguridad Social. En relación con esta dimensión, en los Presupuestos Generales de 1999 se aplicaron modificaciones importantes para la configuración de los impuestos como fuentes de financiación de los gastos sanitarios en detrimento

⁴⁸ TORNOS MÁS, Joaquín, «Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud», en *DS: Derecho y Salud*, Vol. 10, 1, enero-junio 2002, p. 4.

⁴⁹ *Vid.*, por ejemplo, las disposiciones transitorias tercera y quinta de la LGS.

⁵⁰ El INSALUD (Instituto Nacional de Salud) fue una entidad pública encargada de la provisión y gestión sanitaria desde 1978 hasta 2002, cuando culminó el proceso de transferencias de los servicios sanitarios a las CC.AA.

⁵¹ Disposición adicional 6.1 LGS. Con relación al proceso de descentralización de las competencias en salud, *vid.* PEMÁN GAVÍN, Juan, «La culminación del proceso de descentralización de la sanidad española. El Sistema Nacional de Salud tras el cierre de las transferencias y la aplicación del nuevo sistema de financiación», en *Informe Comunidades Autónomas 2001*. Barcelona: Instituto de Derecho Público, 2002, pp. 651-696.

del papel en las mismas de las cotizaciones sociales⁵². Finalmente, en el año 2001 se aprobó la incorporación del modelo reformado de financiación de la asistencia sanitaria en el marco del nuevo sistema de financiación de las CC. AA. de régimen común⁵³.

Con respecto al derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros, la LGS contemplaba, como se ha mencionado, el derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a aquellos que tuvieran reconocida la residencia. Para los extranjeros sin permiso de residencia la LGS remitía la garantía del derecho a lo establecido en las leyes y convenios internacionales. El hecho de que España, hasta aproximadamente la mitad de los años 80, no constituyera un país de inmigración en sentido estricto, al exportar más mano de obra de la que importaba, explicaría la ausencia de previsiones normativas acerca de la inmigración irregular⁵⁴. No obstante, el acceso a los servicios sanitarios de este colectivo se articulaba en la práctica aplicando la opción subsidiaria prevista en el art. 16 de la LGS, en virtud del cual se podría asistir sanitariamente a aquellos usuarios que no tuvieran derecho a la misma, pero en calidad de pacientes privados que

⁵² Respecto a este proceso, hay que destacar la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social (BOE 169, de 16 de julio de 1997, p. 21781), que articula parte de las recomendaciones establecidas en el «Pacto de Toledo» (1995) en el que, entre otras cuestiones, se estableció que todas las prestaciones de naturaleza no contributiva y de extensión universal pasarían a ser financiadas a través de los Presupuestos Generales del Estado, mientras que las prestaciones netamente contributivas se sufragarían por cotizaciones de empresas y trabajadores. En ejecución de este proceso de separación de las fuentes de financiación de la Seguridad Social y de la sanidad, en el año 1999 el presupuesto del INSALUD pasó a estar totalmente desvinculado de la Seguridad Social, en virtud de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1999 (BOE 313, de 31 de diciembre de 1998, p. 44352). Sobre el proceso de creación del SNS y su relación con la Seguridad Social, *vid.*, por ejemplo, SEVILLA, Francisco, *op.cit.*, *La universalización de la asistencia sanitaria*, así como PEMÁN GAVÍN, *op.cit.*, «La culminación del proceso...».

⁵³ Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (BOE 313, de 31 de diciembre de 2001, p. 50383). El nuevo modelo general de financiación de las CC.AA. se plasmó en la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) (BOE 313, de 31 de diciembre de 2001, p. 50377); PEMÁN GAVÍN, *op.cit.*, «La culminación del proceso...», pp. 653-655.

⁵⁴ RAMOS QUINTANA, Margarita, *El trabajo de los extranjeros en España*. Madrid: Tecnos, 1989, p.17.