

**CATEGORÍAS DE EXCLUSIÓN
EN EL ACCESO A LA ASISTENCIA
SANITARIA DE LAS PERSONAS
MIGRANTES EN CANADÁ:
UNA PERSPECTIVA COMPARADA**

ENCARNACIÓN LA SPINA

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. PROCESOS DE CATEGORIZACIÓN SOBRE LA PERSONA «MIGRANTE» Y EL «MIGRANTE ENFERMO». 1.1 Diferentes categorías de exclusión asociadas a la persona migrante y refugiada en Canadá. 1.2 El paradigma del «inmigrante enfermo o amenaza» y su acomodo en el derecho de extranjería y asilo. 2. LA RESTRICCIÓN DEL ACCESO A LA ASISTENCIA SANITARIA PARA LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS EN CANADÁ: UNA TENDENCIA NO SOLO EUROPEA. 2.1. Origen y naturaleza de las reformas sobre el acceso al sistema sanitario en España y Canadá. 2.2. Ejemplos de categorización excluyente en el acceso a la asistencia sanitaria en la reforma IFHP 2012 y el Real Decreto-ley 16/2012. 2.3. Las contrarreformas Trudeau v. Sánchez y el alcance del paradigma del inmigrante enfermo en el case law. CONSIDERACIONES FINALES

Fecha recepción: 2.07.2018
Fecha aceptación: 23.04.2019

CATEGORÍAS DE EXCLUSIÓN EN EL ACCESO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN CANADÁ: UNA PERSPECTIVA COMPARADA¹

ENCARNACIÓN LA SPINA²

Universidad de Deusto

INTRODUCCIÓN

Sin duda, entre los grupos y los sujetos considerados vulnerables o en situación de vulnerabilidad, las personas migrantes son aquellas que afrontan situaciones de mayor vulnerabilidad principalmente en la esfera de acceso y exigibilidad de sus derechos sociales. El acceso a la asistencia sanitaria es uno de los derechos sociales que se encuentra más desprotegido y tiene una cobertura mayormente cuestionada y voluble en contextos migratorios amplios³. En tales contextos los riesgos de mayor

¹ Este trabajo se ha realizado durante una estancia de investigación en el CEETUM de la Université de Montréal y en el marco de un contrato de investigación postdoctoral en la Universidad de Deusto, referencia RYC 2016-19465 del Programa Ramón y Cajal del Ministerio de Economía y Competitividad. Asimismo, ha contado con el apoyo de tres proyectos Retos socioculturales y Derechos Humanos en un mundo en transformación. Proyecto de Apoyo a las actividades de los grupos de investigación reconocidos del sistema universitario vasco (ref.: IT707-13) (Grupo reconocido en la categoría A), Proyecto I+D+i MINECO/FEDER Ministerio de Economía y Competitividad y Fondo Europeo de Desarrollo Regional»: «La desigualdad compleja en las sociedades plurales: indicadores para las políticas públicas», ref. DER 2016-77711-P y «Proyecto realizado con la Beca Leonardo a Investigadores y Creadores Culturales 2018 de la Fundación BBVA», La protección jurídica de las personas refugiadas en situación de vulnerabilidad y su impacto en los procesos de integración». La Fundación no se responsabiliza de las opiniones, comentarios y contenidos incluidos en el proyecto, los cuales son total y absoluta responsabilidad de sus autores.

² Profesor e Investigador «Ramón y Cajal» Facultad de Derecho y miembro del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe Universidad de Deusto. Avenida de las Universidades 24. 48007 Bilbao Email: elaspina@deusto.es

³ Jimena Quesada, L. (2015), «Protección de refugiados y otras personas vulnerables en la Carta Social Europea», *Revista de Derecho Político*, n.º92, 2015, pp. 245-272, en concreto pp. 245-250.

vulnerabilidad «congénita» para las personas migrantes, léase inmigrantes económicos y solicitantes de protección internacional, se producen precisamente en el ámbito sanitario donde existe un ejemplo concreto de formas de exclusión en función de un estatuto jurídico dado. Una muestra de ello, son las reformas directas e indirectas del acceso universal al sistema de salud que desde diferentes espacios y tiempos, se han sucedido desde el inicio de la crisis económica de 2008 y que dieron lugar a partir del 2012 a fuertes medidas de austeridad en países sureuropeos, pero también en otras latitudes más lejanas como Canadá, hasta la entrada en vigor de las últimas reformas de los gobiernos Trudeau 2017 y Sánchez 2018.

En todas las reformas operadas dentro del inconcluso periodo de crisis económica, existe un denominador común, la falta de reconocimiento para las personas migrantes como sujetos de derechos sociales en igualdad de condiciones con los nacionales. Esta negación de la titularidad tiene como consecuencia la conversión progresiva de la persona migrante en un objeto «experimental» del que testar su capacidad de resistencia o merecimiento, por medio de la excepcionalidad, la derogación o la suspensión de derechos y garantías inherentes al Estado de Derecho. Para ello, el Derecho de extranjería, aunque pueda parecer un contrasentido, participa como cómplice y delimita los sujetos de derechos desde dos extremos. En primer lugar, partiendo precisamente del término extranjero-inmigrante en su dimensión dicotómica como no nacional y, en segundo lugar por medio del acceso restringido al trabajo que condiciona desde la tenencia de la residencia hasta la regularidad administrativa así como la exigibilidad de derechos sociales básicos, entre ellos el derecho a la asistencia sanitaria.

Habida cuenta de la confluencia entre tales extremos, primero se tratará de identificar los procesos de categorización excluyente en el ámbito de la inmigración y el asilo, para seguidamente partiendo de esa base reflexionar en perspectiva crítica sobre las categorías de exclusión asociadas al paradigma del «inmigrante enfermo» que determinan las limitaciones de la protección de la salud en el ámbito de extranjería y asilo. En segundo orden, se analizará el acceso a la asistencia sanitaria desde la tendencia global y regresiva implementada por los principales Estados liberales europeos⁴ para poner especial énfasis, dados sus puntos de conexión y paralelismos, en las sucesivas reformas del acceso al derecho a la asistencia sanitaria para las personas migrantes y refugiadas en el territorio canadiense y español.

1. PROCESOS DE CATEGORIZACIÓN SOBRE LA PERSONA «MIGRANTE» Y EL «MIGRANTE ENFERMO»

Frente a ciertas categorías regladas y tasadas *ex lege* en el ámbito legislativo de la inmigración y asilo, de manera inevitable y en paralelo se consolidan las figuras de la persona migrante en situación administrativa irregular, la persona solicitante de

⁴ Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs (2015) *The impact of crisis on fundamental rights across Member states of the EU. Comparative analysis*, Bruxelles, UE.

asilo «expectante» o sin estatuto administrativo de protección internacional reconocido⁵. Tales figuras en la práctica, se simplifican en dos categorías performativas que (in)directamente tienen su reflejo en las diferentes tipologías de *status* de residencia admitidas en el régimen de extranjería y asilo⁶. Esto es, las consideradas categorías intermedias o (denizens)⁷ con un fuerte vínculo con la residencia legal en el territorio frente a las que no tienen regularizada su situación administrativa o reconocido un estatuto de solicitante de protección internacional ya sea de protección subsidiaria o refugiado y, por tanto son meros *infra sujetos*⁸.

Estas categorías tienen y adquieren contornos específicos de acuerdo a la normativa de extranjería y asilo aplicable en cada país pero todos los procesos de categorización excluyentes suponen un considerable aumento del potencial riesgo de «ser y estar» en situación de vulnerabilidad⁹. A continuación, se trata de volver sobre las lógicas de tales procesos de categorización excluyente para posteriormente conectarlas con el paradigma del inmigrante enfermo, especialmente en Canadá que es una realidad menos próxima.

1.1. Diferentes categorías de exclusión asociadas a la persona migrante y refugiada en Canadá

Sobre las diferentes categorías de exclusión asociadas a las personas migrantes y solicitantes de protección internacional, la OCDE señala la necesidad de distinguir las políticas de inmigración y asilo europeas¹⁰ y aquellas adoptadas por países como Canadá que ha construido su identidad en la base de los derechos humanos y

⁵ Bustamante, J. A. (2002) «Immigrants' Vulnerability as Subjects of Human Rights», *International migration review*, Volume 36, Number 2, pp. 333-354. UNITED NATIONS (2015), *The economic social and cultural rights of migrants in an irregular situation*, UNO publications.

⁶ Sainsbury, D. (2012) *Welfare States and Immigrant rights. The politics of inclusion and exclusion*, Oxford University press, Oxford, p.135.

⁷ Hammar, T. (1990) *Democracy and the Nation State: Aliens, Denizens, and Citizens in a World of International Migration*, Aldershot, Avebury.

⁸ Suárez Llanos, L. (2013) «Caracterización de las personas y grupos vulnerables», en Presno Linera, M.A: (coord.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, Universidad de Oviedo y Procuradora General del Principado de Asturias, pp. 37-92.

⁹ Aparicio Wilhelmi, M. (2012) «Inmigración y crisis económica: la fragilidad de los derechos y su incidencia en las personas inmigradas», en M.A. Presno Linera, (coord.) *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procura, Girona, pp. 207-240, p. 235. Aysa-Lastra, M.; L. Cachón (2015) (eds), *Immigrants, Vulnerability and Resilience. Comparative Perspectives on Latin American Immigrants During the Great Recession*, Suiza, Springer International Publishing.

¹⁰ En el sistema europeo común de asilo pese a la asimétrica armonización entre los diferentes Estados miembros se diferencia de un lado el estatuto de refugiado que se concederá a las personas, individualmente registradas y que tienen fundados temores de persecución por las cinco razones señaladas en la Convención de Ginebra: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo o de opiniones políticas. Y, de otro lado el estatuto de solicitante de protección subsidiaria cuando hay motivos fundados para considerar que si regresase a su país de origen se enfrentaría a un riesgo real de

reforzado su protección por medio de la Carta de los Derechos y Libertades (1982). Un punto diferencial entre Canadá y la Unión Europea estriba en que solo la primera está basada en criterios específicos de selección y un sistema por puntos¹¹. Mientras que el modelo común europeo (o modelos) se ve marcado por el condicionamiento del derecho a solicitar protección internacional exclusivamente una vez se haya cruzado una frontera internacional o llegado al territorio de un Estado miembro así como por la vigencia de un sectorializado conjunto binario de normas de inmigración y asilo. De un lado, aquellas que regulan la entrada de nacionales de terceros estados por razón de trabajo y reagrupación familiar y, de otro lado aquellas aplicables a los solicitantes de asilo, refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria dado que el asilo por razones humanitarias se reconduce a la vía de la legislación general de extranjería nacional. Así mismo, otra singularidad de las políticas de inmigración y asilo canadienses ha sido ser referente a nivel mundial con la particularidad de la provincia de Québec¹², especialmente durante la mal llamada crisis del sistema europeo de asilo y, precisamente, a la hora de valorar la implementación de posibles buenas prácticas en la gestión de la acogida e integración de las personas refugiadas¹³.

Hasta 1967 Canadá ha aceptado un proceso de selección sobre el criterio del país de origen, instaurando así un sistema canadiense fundado en la distinción entre países preferidos y países no preferidos. Los ciudadanos de los países preferidos pueden inmigrar prácticamente sin la menor restricción mientras que no es así para el resto de países. Este sistema ha sido revisto en 1967 abandonando un sistema de selección por países de origen en beneficio de otro fundado en una ponderación

sufrir tres graves daños (condena a pena de muerte, ejecución, tortura, pena o trato inhumanos o degradantes, violencia indiscriminada en situación de conflicto armado o interno).

¹¹ García Mahamut, R. (2010) «Reflexiones constitucionales sobre el reasentamiento de refugiados: el régimen jurídico del reasentamiento en Canadá y en España a la luz de la nueva ley de asilo y de la protección subsidiaria», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 78, mayo-diciembre, pp. 43-93.

¹² Hauser, C., Milani, P. Pâquet, M., Skenderovic, D. (2013) *Société de migrations en débat. Québec Canada Suisse: approches comparées*, PUL, Laval. Desde 1971 Québec ha obtenido del gobierno federal el derecho a seleccionar sus inmigrantes económicos así como la responsabilidad de acoger e integrar a todos los inmigrantes inclusive los refugiados esponsorizados. La selección y sus criterios es muy variable 28 puntos para la formación, 22 por el conocimiento lingüístico 16 francés, 16 edad, 16 cónyuge, 10 oferta de empleo, 8 experiencia profesional, 8 residencia en Québec, 8 por niños, 1 autonomía financiera (criterio eliminatorio) 6 por la adaptabilidad. Hay una horquilla eliminatoria que es la empleabilidad que lleva a los primeros criterios: 42 puntos si el candidato no tiene cónyuge, 50 puntos si lo tiene. La horquilla de pasaje final se eleva a 55 puntos si no hay cónyuge 63 si hay un cónyuge.

¹³ Valeriano, E., López-Sala, A. (2010) «En torno al mosaico canadiense. Una reflexión sobre la gestión política de la inmigración en Canadá», *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI n.º 744, julio-agostopp. 657-669. Hyndman J., Payne W., Jimenez S. (2017) «Patrocinio privado de refugiados en Canadá». *Revista Migraciones forzadas*, 54, pp. 1-4. Krivenko, Y. (2012) «Hospitality and sovereignty: What can we learn from the Canadian Sponsorship of refugees program», *International Journal of Refugee Law*, 24, 3, pp. 579-602. Labman, S. Pearlman, M. (2018) «Blending, bargaining and Burden-sharing: Canada's Resettleemnt Programs» *International Migration and Integration*, 19, pp. 439-449.

cuantitativa de una serie de criterios objetivos¹⁴. En paralelo, Canadá como Estado parte de la Convención de Ginebra y del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966, el Protocolo de Refugiados de 1967, ha asumido la obligación jurídica de garantizar la protección a las personas refugiadas de acuerdo a la Convención y también para aquellas personas con necesidades de protección internacional. Tras la revisión del marco jurídico del asilo en 2012¹⁵, el sistema canadiense de protección de los refugiados se articula en dos instrumentos: el programa de reasentamiento de personas refugiadas y de personas protegidas a título humanitario, destinado a las personas que se encuentran en el extranjero y que necesitan protección; y el programa de concesión de asilo en Canadá, para las personas que presentan su demanda de asilo una vez que se encuentran en territorio canadiense (puerto, aeropuerto o puesto fronterizo). En este segundo caso, no se permite presentar la solicitud a los que ya lo hicieron y les fue denegada, o a quienes hayan sido condenados por un delito grave, con las salvedades establecidas. Quienes presentan una petición dentro de este programa por medio del llamado «in-Canada refugee protection system» se le considera una persona solicitante de asilo con opciones a ver reconocido un estatuto de refugiado.

En Canadá, a diferencia del sistema europeo común de asilo, las solicitudes de asilo que llegan por la vía de la Convención (la solicitud se examina y es aceptada fuera) se le provee de un permiso de residencia permanente en el momento de la llegada siempre que se ajuste su situación a la definición convencional¹⁶, se les llama *Landed in-Canada refugees* (LCRS). En este caso son el Gobierno de Canadá y el ACNUR quienes determinan y conocen cuando un solicitante de asilo o «refugee claimant» es un «in-land refugee» cuya solicitud ya ha sido determinada. En cambio, para los «in-land claimants» que solicitan asilo una vez llegados a territorio canadiense se le concede un estatuto temporal si son elegibles o admitidos para examen y, reciben protección solo si finalmente hay motivos fundados de acuerdo con la Convención y en los términos del Protocolo del 1967.

¹⁴ Inmigrante independiente 50 puntos mínimo, 25 puntos para refugiados esponsorizados por un inmigrante con residencia permanente mientras que 20 puntos si son un ciudadano canadiense.

¹⁵ Esto es, se trata de la reforma IRPA 2002: la Esto es, se trata de la reforma IRPA 2002: la *Immigration and Refugee Protection Regulations*, S.O.R./2002-227, aprobado el 27 de febrero y revisado el 4 de junio de 2002 (<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/sor-2002-227/> Véase las diferentes reformas del IRPA hasta el 2019 [https://www.fct-cf.gc.ca/content/assets/pdf/base/certifiedquestions-IRPA\(eng\)_mar-22-2019.pdf](https://www.fct-cf.gc.ca/content/assets/pdf/base/certifiedquestions-IRPA(eng)_mar-22-2019.pdf)) y la *Immigration and Refugee Protection Act* (S.C. 2001, c. 27), de 14 de septiembre de, 2017, modificada por última vez el 31 de junio de 2018 (<https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/i-2.5/fulltext.html>).

¹⁶ La categoría de Refugiado de Convenio se aplica para quienes acrediten al Consejo de Inmigración y Refugio de Canadá de que están siendo perseguidos, o que van a ser perseguidos si regresan a su país de origen, sobre la base de cinco razones específicas: a) Por su opinión política. b) Por pertenecer a un grupo social en particular. También pueden ser personas que están siendo perseguidas c) Por su raza, d) Por su nacionalidad, o e) Por su credo religioso. Cualquiera de estas personas, si se siente con un temor real de persecución en su país de origen, no tiene protección de las autoridades de su país, no puede mudarse a ninguna zona de su país donde pueda estar segura, puede solicitar refugio en Canadá y tener posibilidades de ser aceptada.

Sobre el alcance de la delimitación de los *in-land refugee claimants* se establecen dos categorías diferenciadas e introducidas con la reforma del IRPA por medio de la *Bill C-31*. De un lado, las personas solicitantes de asilo provenientes desde un país considerado seguro *Designated Country of Origin* (en adelante DCO) y aquellas llegadas desde un país no incluido en dicho listado como DCO. La designación de los países seguros es llevada a cabo por el Ministerio de Ciudadanía e Inmigración valorando si tales países tienen independencia judicial y derechos garantizados para las personas refugiadas. Como resultado, la decisión que determina si un Estado es considerado seguro se funda en una decisión discrecional del Ministerio que puede sobreestimar crisis de violencia o formas encubiertas hacia la persona solicitante de asilo o «refugee claimant». Por ejemplo, en lugares como Portugal, México o St. Vincent, los potenciales solicitantes de asilo se pueden ver forzados a volver a situaciones de violencia, máxime si según informes recientes, la gran mayoría de personas refugiadas que entran en Canadá solicitando asilo desde México y Hungría ambos países son considerados como DCO¹⁷ pero pueden ser víctimas de alguna de esas situaciones de violencia de género.

Ahora bien, además de seguir un proceso de determinación de la condición de «refugee claimant» más rápido que para otras categorías, las personas solicitantes de asilo desde países seguros o DCO tienen que afrontar tiempos más breves para el correspondiente examen de sus peticiones. Las bases del formulario de solicitud limitan como periodo para recoger la documentación en 30 días, frente a los 60 días previstos para otras categorías de *refugees claimants*. Como consecuencia, esta reforma incrementa la probabilidad que la solicitud del *DCO refugees claimants* no reciba una decisión favorable además que cuenten con un limitado periodo de preparación y una vez rechazada la solicitud correspondiente, no puedan presentar recurso al *Refugee Appeal Division* (Rad). Todo ello, sin perjuicio de que se le requerirán al menos 1 año de espera después de recibir la decisión negativa para volver a formular una nueva solicitud denominada «humanitarian and compassionate application».

En cambio la situación es diferente para las personas refugiadas que están fuera de Canadá y con necesidad de protección por pertenecer a la doble categoría de refugiados en el sentido de la Convención de Ginebra o de personas que se encuentran en similares circunstancias y se integran en los programas de reasentamiento como personas refugiadas protegidas por motivos humanitarios ya bien con necesidad urgente de protección o circunstancias vulnerables¹⁸. Para ello, se articulan diferentes

¹⁷ El listado actualizado de países considerados seguros por el Gobierno canadiense se puede consultar en la web <http://www.cic.gc.ca/english/refugees/reform-safe.asp> (Fecha de consulta 7 de julio de 2018).

¹⁸ García Mahamut, R. (2010) «Reflexiones constitucionales sobre el reasentamiento de refugiados: el régimen jurídico del reasentamiento en Canadá y en España a la luz de la nueva ley de asilo y de la protección subsidiaria», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 78, mayo-diciembre, pp. 43-93, esp. p. 60-62 distingue tres categorías de reasentamiento: personas refugiadas fuera del país de origen según la Convención de Ginebra, personas no refugiadas según la Convención pero afectadas por graves conflictos o víctimas de violaciones masivas, personas asimilables a un refugiado como consecuencia de un conflicto armado o guerra civil.

programas de reasentamiento con diferente repercusión¹⁹, uno para personas asistidas por el gobierno (GAR), que son remitidas para el reasentamiento por el ACNUR y reciben el apoyo del Gobierno de Canadá, incluyendo un año de ingresos, apoyo médico, capacitación lingüística, cuidado de niños y empleo apoyo; las personas refugiadas que determina la oficina combinada de visados (BVORRs), que son reenviadas por (ACNUR) y asignadas a patrocinadores privados recibiendo una combinación de apoyo gubernamental y privado (6 meses cada uno), y las personas refugiadas patrocinadas de forma privada (PSRs), cuyos patrocinadores privados proporcionan todo el apoyo para hasta un año después de la llegada²⁰.

1.2. *El paradigma del «inmigrante enfermo o amenaza» y su acomodo en el derecho de extranjería y asilo*

Dentro del ámbito de los derechos sociales y la vulnerabilidad, un ejemplo prototípico y recurrente de limitación²¹ es el derecho a la protección de la salud de las personas migrantes. El protagonismo «involuntario» de las personas migrantes en las últimas reformas recientes de países sureuropeos ha dado lugar a restricciones significativas del derecho a la asistencia sanitaria en tiempos de crisis y, ha consolidado ciertas categorías de exclusión que se vieron reforzadas cuestionando así la universalidad del derecho y los estándares internacionales de protección del derecho al acceso a la asistencia sanitaria. Tal y como recoge explícitamente, de un lado, la Observación general No 14 (2000) del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto) así como de otro lado, la vigencia incondicionada del principio de universalidad de las prestaciones sanitarias a los extranjeros en las mismas condiciones que a los nacionales, independientemente del estatus adminis-

¹⁹ Garcea, J. (2016) «The Resettlement of Syrian Refugees: The Positions and Roles of the Federation of Canadian Municipalities and its Members», *Canadian Ethnic Studies*, Volume 48, Number 3, pp. 149-173. Vid los informes de progreso Canadian International Council (CIC). *Evaluation of the resettlement programs (GAR; PsR; BVOR; RAP)*, 2016, <http://www.cic.gc.ca/english/resources/evaluation/resettlement.asp> Canada International Council (CIC) *Private sponsorship of refugees (PRS) application guide (IMM 5413)* 2017 <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/application/application-forms-guides/guide-5413-private-sponsorship-refugees-application-guide.html>

²⁰ La nomenclatura en inglés de las siglas sería GARs Government Assisted Refugees, PSRs Privately Sponsored Refugees y BVORRs Blended Visa-Office Referred Refugees. Véase sobre el IRPA, los trabajos de Waldman, L. (2016) *Canadian immigration & refugee law practice*, 2017, Toronto, Ontario, LexisNexis Canada, JONES, M. and Baglay, S. (2007), *Refugee Law*, Canada, Irwin Law, 2007, p. 185-186. Henry, M.; Goslett, H.M.; and Caruso, B.J. (2015), *The 2016 Annotated Immigration and Refugee Protection Act of Canada*, Carswell.

²¹ Mezzadra, S., Nielson, B. (2014) «Fronteras de inclusión diferencial. Subjetividad y luchas en el umbral de los excesos de justicia», *Papeles CEIC* 2, 2014, pp-1-30. Cardona, O. (2004) «The need for rethinking the concepts of vulnerability and risk from a holistic perspective: a necessary review and criticism for effective risk management», in Bankoff, G. (ed.), *Mapping vulnerability. Disasters, development & people*, London, Earthscan, pp. 37-51. Fineman, M.A. (2010), «The vulnerable subject and the responsive state», *Emory Law Journal*, 60 (2), pp. 251-275.

trativo en el territorio nacional. Bajo ningún concepto la crisis económica puede servir de pretexto para adoptar una medida regresiva²².

En definitiva, la posibilidad de restricción de las condiciones de acceso a la asistencia sanitaria para las personas migrantes no deja de ser un elemento de control y exclusión con una «portabilidad duradera», en la medida en que tradicionalmente, la voluntad de restringir se asienta por el peso del paradigma del «inmigrante enfermo» que se remonta a mediados del siglo XX y que en la actualidad se transforma en el axioma del «inmigrante como amenaza sanitaria y económica al sistema de salud»²³. Un doble paradigma que parte de la idea de rechazo o amenaza de las personas migrantes enfermas y pudieran requerir en exceso asistencia pública dadas sus condiciones de salud y la escasez de recursos económicos para afrontarlos. Esta dualidad permite construir diferentes criterios de admisibilidad que pueden ser indirectamente promovidos o consolidados materialmente en el marco comparado de extranjería y asilo siguiendo una lógica de selección estatal:

1. Si son un factor de riesgo para la salud de la población autóctona, se justifica la excesiva cautela de Estados a la hora de admitir personas migrantes en función de su estado de salud.
2. Si son concebidos como una amenaza para el bienestar económico, se justifica un blindaje preventivo por medio de la exigencia de un seguro médico privado que cubra sus necesidades sanitarias antes de la entrada al territorio.
3. Si se albergan dudas sobre los anteriores criterios, es posible exigir como ideal tipo un deber-requisito de estar en situación saludable como *conditio sine qua non* para emigrar desde su país de origen sin temor a ser rechazada su solicitud.

La visión-temor de la persona migrante como portadora de enfermedades contagiosas ha generado una actitud de fuerte cautela por parte del Estado mientras que la protección de la salud de las personas migrantes en las sociedades de destino carecería de interés salvo desde una óptica preventiva o de reducción del riesgo para la salud pública. Sin embargo, estos modelos o paradigmas tradicionales que subyacen al marco de las primeras leyes de extranjería muestran sus limitaciones dada la compleja interacción existente entre la salud y la inmigración que en realidad no deja de ser un resultado o la confluencia de uno o varios posibles factores. Esto es, la mayor o menor predisposición genética a padecer ciertas enfermedades, la exposición de la

²² Por ejemplo, véase las Observaciones Finales y recomendaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas en su evaluación de España por su cumplimiento con los derechos reconocidos en el PIDESC, 6 de junio de 2012. El informe tanto del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Mutuma Ruteere, (A/HRC/23/56/Add.2, 6 de junio de 2013, párr. 37) como de la Relatora Especial sobre extrema pobreza y derechos humanos de Naciones Unidas, («Comunicado del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas», abril de 2014).

²³ Beiser, M. (2005) «The Health of Immigrants and Refugees in Canada», *Canadian Journal of Public Health*, 96, pp. 30-44.

pre-migración así como la post-inmigración y los recursos individuales o sociales que puedan concurrir ya sea por acceder al sistema de salud pública o ser insuficiente la cobertura privada para garantizar así unas condiciones adecuadas de salud.

De este modo, se produce la paradoja que el estado de salud de las personas solicitantes de protección internacional o personas migrantes económicas sea solo relevante si y solo afecta a la salud o la seguridad pública, esto es la de los otros pero siempre de forma excluyente. Dentro del paradigma de «inmigrante enfermo», otros extremos de dicha complejidad mal entendida tienden a simplificar las condiciones de salud de las personas migrantes y obvian que pueden ser diferentes al depender de factores intrínsecos a la forma de entrada y un mayor asentamiento en el territorio en buena parte por las medidas o conjunto de políticas públicas que se hayan implementado. Así pues en primer lugar, pueden ser diferentes atendiendo a la persona migrante como destinatario genérico de la atención sanitaria, por ejemplo, las personas refugiadas o solicitantes de asilo pueden llegar en condiciones parecidas que las personas migrantes económicas o estar expuestos a mayores riesgos para su salud en función del lugar de procedencia o sus circunstancias personales. Y, en segundo lugar, asimismo pueden tener tasas de mortalidad más bajas que aquellas de los nacionales, aunque de acuerdo a recientes informes tanto las personas refugiadas como las personas solicitantes de asilo²⁴, en general, gozan de una salud más delicada que los llamados inmigrantes económicos, básicamente porque es originada por el estrés del reasentamiento o los motivos de la persecución y por tanto son más vulnerables no solo a enfermedades infecciosas sino especialmente a aquellas contagiosas o incluso crónicas.

2. LA RESTRICCIÓN DEL ACCESO A LA ASISTENCIA SANITARIA PARA LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS EN CANADÁ: UNA TENDENCIA NO SOLO EUROPEA

La prohibición de adoptar medidas regresivas es una máxima inherente al principio de progresividad de los derechos sociales que generan obligaciones específicas para los Estados. Sin embargo, la sucesión de reformas adoptadas tanto en Europa meridional²⁵ como en Canadá, ha sido una constante prueba de como existen formas

²⁴ McKeary, M., Newbold, B. (2010) «Barriers to care: the challenges for Canadian refugees and their health care providers», *Journal of Refugee Studies*, 23 (4), pp. 523-545. Ya antes de la reforma, estudios llevados a cabo sobre el estado mental y físico de los refugiados en Canadá ya ponía en evidencia el declive. Por ejemplo, McKeary and Newbold ilustró el impacto de las sistemáticas barreras para refugiados y personal sanitario entre 2007 y 2008 en Hamilton Ontario.

²⁵ Entre otras, véase las siguientes reformas en Grecia, Νόμος 4151/2013, άρθρο 24, Σύσταση Επιτροπής για τη Σύνταξη Κώδικα Μετανάστευσης και Κοινωνικής Ενταξης / Law 4151/2013 Code for Migration and Social Cohesion. En Portugal, Lei 4/2007 de 16 de janeiro . Aprova as bases gerais do sistema de segurança social. Diário da República, 1. série — N.11 — 16 de Janeiro de 2007. En España, 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 núm. 98 de 24 de abril de 2012).

reiteradas de limitar el acceso de las personas que residen en el Estado a los servicios básicos de salud, apoyándose en una categoría jurídica dada²⁶. En el sur de Europa²⁷, por ejemplo, si se analiza brevemente el marco normativo, con la salvedad de Portugal²⁸ países como Grecia desde 2012 restringen la asistencia sanitaria a las personas migrantes que no tienen la condición de asegurado²⁹ y, reconocen a las personas refugiadas reconocidas, solicitantes de asilo y, beneficiarios de protección por razones humanitarias y que residan legalmente el acceso al sistema hospitalario gratuito, la atención médica y farmacéutica proporcionada en el país bajo ciertas condiciones. Una situación similar se advierte en el país transalpino donde es preceptiva la inscripción al servicio sanitario nacional por medio de la regularidad de la presencia en el territorio³⁰. Mientras un régimen más sofisticado —que guarda una serie de paralelismos con el caso canadiense objeto de estudio— se ha configurado en España con el Real Decreto-ley 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y, mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones³¹, que ha sido validada como derecho de configuración legal por el Tribunal Constitucional salvo la determinación en blanco del umbral de ingresos anuales del artículo 3.3 in fine³² y, por ello su análisis en perspectiva comparada puede ser interesante, dada la reciente reforma acometida por el Decreto-ley 7/2018 en España³³.

²⁶ Por ejemplo, en el ámbito convencional, La Spina, E. (2013) «Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares: alcance y limitaciones», *Derechos y Libertades*, 23, pp. 111-134.

²⁷ Hemerijck, A.; Palm, T.; Entenmann, E., Van Hooren, F. (2013) *Changing European welfare states and the evolution of migrant incorporation regimes. Background paper reviewing welfare state structures and reforms dynamics in a comparative perspective*, Oxford, IMPACIM. La Spina, E. (2017) «Controlling Immigrant integration in the Euro-Mediterranean Region: A compelling turnaround in times of Economic Crisis», *Revista Crítica de Ciencias Sociais*, 114, pp. 5-26.

²⁸ Vid. artículo 34 del Real Decreto 94/1999 de 22 de abril 1999 y la Ley n.º 4/2007.

²⁹ Nadie pueda tener acceso a los servicios de salud si está en situación administrativa irregular, con la excepción de: (a) los hijos menores de edad de los casos, ya sea solos o no hasta los 14, y (b) en casos de emergencia que deberán abonar las pruebas de laboratorio y medicamentos.

³⁰ Sentencia del Consejo de Estado, Secc. III 20 de septiembre de 2011, n. 5286.

³¹ BOE núm. 98, de 24/04/2012

³² STC 139/2016 de 21 de julio donde resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra BOE» núm. 196, de 15 de agosto de 2016, STC 183/2016 de 3 de noviembre, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad formulada por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias BOE» núm. 299, de 12 de diciembre de 2016, STC 33/2017 de 1 de marzo de 2017, del Pleno del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de inconstitucionalidad del Gobierno de la Junta de Andalucía BOE» núm. 83, de 7 de abril de 2017, STC 63/2017 de 25 de mayo, Pleno del Tribunal Constitucional, resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 414/2013 interpuesto por el Gobierno de Cataluña, «BOE» núm. 156, de 1 de julio de 2017 STC 64/2017 de 25 de mayo de 2017 del Pleno del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 419/2013 promovido por el Gobierno vasco BOE» núm. 156, de 1 de julio de 2017. STC 98/2017 de 20 de julio de 2017, del Pleno del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Canarias. «BOE» núm. 191, de 11 de agosto de 2017

³³ Real Decreto-ley 7/2018 de 27 de julio, sobre el acceso universal al sistema Nacional de salud. BOE, núm. 183, 30 de julio de 2018.

A continuación, de forma cronológica, se tratará de hacer una reconstrucción en paralelo del origen y naturaleza de la sucesión de reformas en el sistema canadiense y español de salud. Para ello, se prestará especial interés a las formas de categorización excluyente del acceso a la asistencia sanitaria así como algunos apuntes sobre la vigencia de los criterios del paradigma del inmigrante enfermo en la jurisprudencia canadiense³⁴.

2.1. Origen y naturaleza de las reformas sobre el acceso al sistema sanitario en España y Canadá

El condicionamiento del derecho a la asistencia sanitaria presenta paralelismos y diferencias entre España y Canadá especialmente en el origen y naturaleza de las reformas. Aunque ambos países presentan ciertas similitudes en el caso de Canadá a diferencia del caso español las primeras reformas son motivadas y derivadas del ámbito de inmigración y asilo (*Bill C-31* y *IRPA 2017*) y, no de forma tangencial por la vía de medidas «generales» de austeridad en el ámbito de la sanidad pública. Además ambos países difieren en el rol atribuido a las provincias o comunidades autónomas para la gestión de la atención sanitaria en casos excluidos por el sistema de salud. Por ejemplo, en el caso canadiense, las provincias más centradas en la gestión no solo determinan un periodo de espera obligatorio, antes de convertirse en elegible para el acceso al sistema de asistencia sanitaria, sino también lo hacen a efectos prácticos de tener un seguimiento en caso de historial médico³⁵. En cambio, en el caso de España las CCAA han tenido un rol protagónico en la gestión y en la «reparación» de los efectos de la exclusión de determinados colectivos de la titularidad del derecho a través de la condición de asegurado³⁶ permitiendo así mantener la tarjeta sanitaria a personas migrantes en situación administrativa irregular.

³⁴ Olsen, Ch., El-Bialy, Ch., Mckelvie, M., Rauman, P., Brunger, F. (2016) «Other troubles: deconstructing perceptions and changing responses to refugees in Canada», *Journal of Immigrant Minority Health*, 18, pp. 58-66.

³⁵ Beiser, M. (2005) «The Health of Immigrants and Refugees in Canada», *Canadian Journal of Public Health*, 96, pp. 30- 44.

³⁶ Diversas Comunidades autónomas han planteado recursos de inconstitucionalidad contra preceptos del Real Decreto Ley 16/2012 y diferentes normas autonómicas han extendido el derecho a la asistencia sanitaria pública a colectivos excluidos: Decreto 114/2012 de 26 de junio del Gobierno del País Vasco, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad autónoma de Euskadi; el Decreto foral 117/2012 de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto foral 640/1996 de 18 de noviembre que establece el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral de Navarra; la Ley Foral 8/2013 de 25 de febrero por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra; el Decreto Ley 3/2015 de 24 de julio del Consell de la Generalitat Valenciana por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana y la Ley extremeña 7/2016 de 21 de julio, medidas extraordinarias contra la exclusión social.

Retomando el origen de las reformas, de forma sintética, cabe recordar que en España con anterioridad a la reforma del Real Decreto-ley 16/2012 la tendencia universalizadora permitía reconocer el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros en las mismas condiciones que a los españoles cuando estaban empadronados en España (art. 12 LO 4/2000)³⁷. Una tendencia que se rompería con la aprobación de una «norma de excepcionalidad»³⁸ el Real Decreto-ley 16/2012 y, la sujeción por la vía de la configuración legal, a las categorías de asegurado y beneficiario de la asistencia sanitaria en clara contradicción con los límites materiales del artículo 43 y 10.1 de la Constitución y legitimando así la posibilidad de reformar *a fortiori* el contenido esencial de un derecho por la vía de un decreto-ley³⁹.

En paralelo, las limitaciones al acceso a la asistencia sanitaria se originan en el 2012 cuando en Canadá se llevó a cabo una reforma del sistema de asilo e inmigración introduciendo por medio del *Bill C-31* un *Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act*⁴⁰, seguidamente de otra vinculada a esta, la del *Interim Federal Health Program* (en adelante IFHP). Ambas reformas implementadas tenían como objeto restringir ciertas categorías de personas refugiadas, haciéndolas inelegibles para el acceso a la asistencia

³⁷ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (BOE núm. 10, de 12 de enero), incluyendo las modificaciones introducidas por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre. corrección de errores en BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2001), por la LO 11/2003, de 29 de septiembre (BOE núm. 234, de 30 de septiembre), por la LO 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre), por la LO 2/2009, de 11 de diciembre (BOE núm. 299, de 12 de diciembre), por la LO 10/2011, de 27 de julio (BOE núm. 180, de 28 de julio), por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril (BOE núm. 98, de 24 de abril), por la sentencia 17/2013, de 31 de enero, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 49, de 26 de febrero), por la LO 4/2013, de 28 de junio (BOE núm. 155, de 29 de junio), por la LO 4/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo) y por la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015 (BOE núm. 119, de 19 de mayo).

³⁸ Delgado del Rincón, L. (2018) «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, pp. 288-314, esp. p. 290 y ss.

³⁹ Vid, entre otros Aguado y Cudolá, V. y Prada Pérez, R. (2014) «Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del Estado del bienestar», *Revista vasca de Administración Pública*, 99-100, pp. 87-110. Sobrino Guijarro, I. (2013) «Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España», *Lex social. Revista de los Derechos sociales*, 2, vol. 3, pp. 127-150. Goizueta Vértiz, J. (2017) «El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 109, pp. 171-194. Gómez Zamora, L.J. (2018) «Comentario al Real Decreto 7/2018 de 27 de julio sobre el acceso universal al sistema nacional de salud», *Gabilex Castilla La Mancha*, 15, pp. 281-331. Delgado del Rincón, L. (2018) «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, pp. 288-314.

⁴⁰ Esto es se trata de la reforma del *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) 2002 y por la *Immigration and Refugee Protection Regulations*, S.O.R./2002-22, aprobado el 27 de febrero y revisado el 4 de junio de://lop.parl.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/41/1/c31-e.pdf

sanitaria. En concreto, la reforma operada por el *Bill C-31* introdujo la posibilidad que determinadas personas refugiadas⁴¹ provenientes de específicos países de origen serían excluidas de recibir no solo la asistencia sanitaria sino también la oportunidad de trabajo. Y, por otra parte, los cambios del IFHP tenían como finalidad reducir de forma significativa la cobertura de la asistencia sanitaria para la población refugiada, en detrimento de la asistencia médica y los servicios hospitalarios para muchos de los que con anterioridad habían recibido asistencia bajo estos programas federales⁴².

2.2. Ejemplos de categorización excluyente en el acceso a la asistencia sanitaria en la reforma IFHP 2012 y el Real Decreto-ley 16/2012

En España, el controvertido Real Decreto-ley 16/2012 permitía una exclusión de la condición de asegurado para las personas extranjeras que carezcan de una autorización en vigor para residir en territorio español y, que debían hacer frente al pago de la prestación sanitaria⁴³. La excepción prevista en el propio artículo 3 ter disponía que los extranjeros no registrados ni autorizados en España, solo recibían asistencia sanitaria gratuita en casos de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica o bien embarazo, parto y postparto. Solo cabe una excepción, en el propio artículo 3 ter del Real Decreto para que los extranjeros no registrados ni autorizados en España, reciban asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. El citado artículo contempla asimismo que en todo caso, los extranjeros menores de 18 años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que

⁴¹ Precisamente, en 2012, el *Citizenship and Immigration Canada* (CIC) reportó que 20,469 *in-land applications* fueron recibidas por el Gobierno canadiense mientras que en 2013 la cifra ascendió a solo 10,380 solicitudes. De este modo, el significativo descenso se convertía en el número más bajo de solicitudes de *refugee claimants* en Canadá durante los últimos 20 años, especialmente en un momento en el que el número de personas refugiadas y en concreto de *refugee claimants* había experimentado un importante incremento a nivel global. Al cierre de 2017, según datos del CIC 2017, 21876 personas refugiadas fueron desde el GAR, 14274 desde el PPR mientras que solo 3931 desde el programa BVOR . Mientras que en 2018, 7500 personas refugiadas fueron desde el GAR, 1500 desde el BVIR y 18000 desde el PSR. La previsión estimada para el 2019 es 8500 personas refugiadas desde GAR, 19000 desde el SR y 1650 desde el BVOR. Según datos recogidos en CEAR – Comisión española de Ayuda al Refugiado (2009). *Una mirada hacia el sistema de asilo canadiense*, Madrid, p. 8. Disponible en <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/01/Informe-Sistema-de-Asilo-Canada.pdf>

⁴² Canadian healthcare association. *Changes to the interim federal health program: position statement*. 2012. Recuperado desde Canadian Healthcare Association Website: <http://www.cha.ca/wp-content/uploads/2012/11/IFHP-reform-policy-statement-November-2012.pdf>. Government of Canada, Citizenship and Immigration Canada. *News Release. Reform of the interim federal health program ensures fairness, protects public health and safety*. 2012. Disponible en <http://www.cic.gc.ca/english/departments/media/releases/20012/2012-04-25.asp>

⁴³ La suscripción de una póliza cuya cuantía anual oscilará entre los 710,40 euros (para personas menores de 65 años) y los 1.864,80 (para las personas mayores de 65 años).

los españoles. Los que quedaron excluidos potencialmente eran las personas inmigrantes en situación administrativa irregular que padezcan enfermedades crónicas, transmisibles y mentales se encontrarán especialmente desprotegidas, con el consiguiente riesgo para sus vidas que supondrá la ausencia de un tratamiento médico. Así como las mujeres víctimas de violencia de género en situación de irregularidad, víctimas de explotación sexual y trata; existiendo importantes déficits de acceso equitativo a la interrupción voluntaria del embarazo que afectan al derecho a la salud sexual y reproductiva. Un condicionamiento respaldado por el Tribunal Constitucional y en abierta contradicción con la anterior doctrina constitucional⁴⁴ al considerar la asistencia sanitaria un derecho de «*configuración legal*» cuyo contenido esencial podía verse afectado por medio de decreto ley en situaciones dudosa urgencia económica⁴⁵.

A partir del 2012, en Canadá las reformas del IFHP complicaron y limitaron si cabe más la asistencia sanitaria con un impacto negativo en la población más vulnerable, pero no solo, sino también a los proveedores de asistencia sanitaria y otros *stakeholders*/agentes involucrados en el ámbito público y sanitario. Para las personas refugiadas recientemente llegadas a Canadá se les requiere por parte de la mayoría de las autoridades locales de sanidad observar un periodo de espera de 3 meses antes que puedan ser elegidos para acceder a los planes financiados de salud provinciales. Unos planes que suelen cubrir asistencia hospitalaria y psicológica mientras que se excluyen fármacos y cobertura óptica. Si bien el seguro privado de asistencia sanitaria está normalmente disponible para cubrir la falta de asistencia entre la llegada y el acceso a los servicios de asistencia sanitaria provinciales, ello supone un coste alternativo o complementario para la mayoría de los «*refugees claimants*».

Con anterioridad, el Gobierno canadiense había financiado el IFHP desde 1957 asegurando de forma comprehensiva la asistencia sanitaria para todos los refugiados reasentados y solicitantes de asilo durante más de 50 años. El IFHP establecía una cobertura sanitaria idéntica para los GARs, los esponsorizados de forma privada PSRs, personas protegidas, los «*refugee claimants*» e incluso para los «*refused refugee claimants*», esto es quienes tuvieran rechazada su solicitud y las decisiones negativas fueran sometidas a recurso o revisión a la espera de deportación. Para cada uno de ellos, respecto a la aprobación de la solicitud o el país de origen, se les proveía una

⁴⁴ Sobre la configuración legal del derecho a la educación no obligatoria y el derecho de huelga vid. SSTC 236/2007(BOE de 10 de diciembre de 2007), SSTC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007; STC 260/2007; STC 261/2007; STC 262/2007; STC 263/2007; STC 264/2007, y STC 265/2007. Las sentencias son de 20 diciembre de 2007, salvo la primera, y publicadas en el BOE de 22 de enero de 2008.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, de 21 de julio de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 4123-2012, BOE núm. 196, 15 de agosto de 2016 que incluye el voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita así como el voto particular del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, ff. 10 «el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes. El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España y, por ello, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales»

completa cobertura sanitaria, incluyendo cobertura de fármacos y asistencia complementaria, asegurando así un trato igual de las personas con necesidad de protección internacional por razones humanitarias que se encontraran en territorio canadiense.

Sin embargo, las reformas introducidas por medio del IFHP 2012, significarían un giro insólito, en primer lugar, porque las personas inmigrantes y solicitantes de asilo fueron separados en categorías fijadas por el *Bill C-31* y a los mismos se le asignaron diferentes niveles de cobertura dependiendo de su país de origen y el estatuto jurídico que ostentaran. Por ejemplo, son varios los trabajos que analizan desde el punto de vista sanitario las importantes repercusiones de tales medidas para los pacientes refugiados en condiciones tales como diabetes, angina o embarazo⁴⁶. Si bien las personas solicitantes de asilo incluso con una petición exitosa, sí recibirán cobertura para medicamentos como insulina, antidepresivos en cambio quién sufría de desórdenes postraumáticos, depresiones u otras condiciones de salud mental devenía inelegible para la cobertura de medicación y terapia a menos que fuera una amenaza para ellos mismo o bien otros. Para estos, solo estaba disponible el servicio de asistencia de urgencia y, sorprendentemente las enfermedades infecciosas no figuraban en la *National Notifiable Diseases list* elaborada por la Agencia Pública de Salud de Canadá⁴⁷.

Sin duda, la categoría que se vería más afectada sería la de los «refugees claimants» desde uno de los 37 DCO incluidos en los listados del Gobierno de Canadá, que recibirían un acceso limitado a los servicios de asistencia sanitaria una vez que se produjera su llegada a Canadá. Las reformas del IFHP segregaron así el seguro de salud en tres coberturas médicas diferentes atendiendo a las diferentes categorías de personas refugiadas previstas en la legislación de inmigración y asilo. Esto es, la cobertura extendida de asistencia EHCC, la cobertura de salud HCC y la cobertura pública de salud y asistencia sanitaria PHPS.

La primera EHCC estaba disponible para los GARS y provee de cobertura sanitaria equivalente a la cobertura anterior a la aprobación de la reforma IFHP 2012, en particular, en los hospitales y servicios psicológicos, visión, ortodoncia, vacunas y medicamentos. La segunda HCC solo estaba disponible para los PSRS y los «refugee claimants» que no entren en Canadá por un país considerado como DCO. Para esta categoría se le ofrecía o proporcionaba una cobertura de salud física básica, enfermedad y servicios hospitalarios así como servicios de diagnóstico y laboratorio. Mientras que los medicamentos y las vacunas solo serían cubiertas si hubiera un riesgo de amenaza para la salud pública o la condición de asistencia pública. El tercer grupo de cobertura, PHPS, fue previsto para personas solicitantes de asilo rechazadas y solicitantes desde un país incluido en el listado como DCO. Respecto a esta categoría se limita de forma sustancial la provisión de todos los servicios y cuidados. La medicación y la inmunización queda

⁴⁶ Véase una revisión en Antonipillai, V. Bauman, A., Hunter, A., Waoush, O, Timothy, O. (2016) «Helath inequity and «restoring fairness» through the Canadian Refugee Helath Policy reforms. A literature», *Journal Immigrant Minority Health*, pp. 1-11.

⁴⁷ Entre otros, véase Grove, N. Ziwi, A. (2006). «Our health and theirs: forced migration, othering and public health», *Social Science Medicine*, 62, 8, pp. 1931-1942.

comprendida solo si es requerida por el facultativo médico para diagnosticar, prevenir y tratar una enfermedad que ponga en riesgo la salud pública o la condición de la asistencia sanitaria, esto es enfermedades tales como HIV y tuberculosis.

Esencialmente, tal y como indican varios autores, las reformas han restringido el acceso a los medicamentos y la cobertura considerada suplementaria: visión y asistencia dental. De ahí que los «in-land refugee claimants» desde los países considerados DCO recibirían solo atención médica si las condiciones fueran estimadas de urgente y esencial naturaleza, suponiendo así una amenaza o un problema de sanidad pública. Como resultado de tal categorización, a las mujeres embarazadas dentro de esta categoría se les deniega la asistencia prenatal y ginecológica, al igual que aquellos que tienen enfermedades crónicas como el cáncer han visto negado el tratamiento de quimioterapia e, incluso a los niños con una fiebre o una simple tos se les deniega el acceso a diagnóstico, como unos rayos, para determinar si ha sufrido neumonía, una enfermedad de amenaza vital⁴⁸.

2.3. *Las contrarreformas Trudeau v. Sánchez y el alcance del paradigma del inmigrante enfermo en el case law*

Una mención aparte requiere el análisis de las contrarreformas. En el caso de España, a partir del 2018 fruto de una voluntad *de facto* política del gobierno de Sánchez especialmente forzada tras la controvertida superación del examen de constitucionalidad de la reforma del Real Decreto-ley 16/2012, se aprueba el Real Decreto-ley 7/2018, que lleva a cabo una derogación tácita y expresa de los apartados del Real Decreto 1192/2012 del 3 de agosto que regula la condición de persona asegurada y beneficiaria a efectos de la asistencia sanitaria⁴⁹ y así modifica la Ley 16/2003 de 28 de mayo de cohesión y calidad del sistema nacional de salud⁵⁰. Mientras que en Canadá, la contrarreforma Trudeau vendría de la mano del sistema de asilo e inmigración, dentro de los parámetros habituales, la actual *Immigration and Refugee Protection Act* 2017, no incluiría en la anterior restricción del *Bill C-31* a las personas refugiadas o admitidas para reunirse con su familia⁵¹ aunque si se perfilaría el alcance interpretativo del paradigma del inmigrante enfermo en el *case law*.

⁴⁸ Vid. Kuile, S., Rosseau, C., Munoz, M., Nadeau Ouiment, M. (2007). «The universality of the Canadian health care system in question: barriers to services for immigrants and refugees», *Int. Journal Migration Health social Care*, 3, 1, pp. 15-26. McKeary, M., Newbold, B. (2010) «Barriers to care: the challenges for Canadian refugees and their health care providers», *Journal of Refugee Studies*, 23 (4), pp. 523-545

⁴⁹ «BOE» núm. 186, de 4 de agosto de 2012. El nuevo artículo 3 ter prevé el derecho a la asistencia sanitaria que será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago o no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía o que no se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia.

⁵⁰ «BOE» núm. 128, de 29 de mayo de 2003

⁵¹ *Immigration and Refugee Protection Act* (S.C. 2001, c. 27), September 14, 2017 Last amended on June 22, 2017 <http://laws-lois.justice.gc.ca>. La IRPA hace referencia a distintos grupos no admisibles entre ellos: «security grounds, human or international rights violations, criminality, organized crimi-

En España, el Real Decreto-Ley 7/20018 ante la imposibilidad de restaurar en los mismos términos la situación anterior a la reforma del Real Decreto-ley 16/2012, reconoce el acceso al sistema nacional de salud a las «personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español» pero bajo una serie de condiciones. Una de ellas, recogida en el artículo uno, «ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y, no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria». La nueva redacción del artículo 3 de la Ley 16/2003 reconoce el acceso «por defecto» esto es, siempre que exista la no acreditación de cobertura por otra vía, que no exporten su derecho de asistencia desde su país de origen ni que exista un tercero obligado al pago. Ahora bien, a partir de esta reforma siguen estando en situación de desprotección aquellas personas extranjeras que siguiendo el tercer criterio del paradigma del inmigrante enfermo tienen el derecho-deber de contratar un seguro privado obligatorio como es el caso de los padres extranjeros de ciudadanos españoles con residencia en España por reagrupación familiar⁵². Los problemas de cobertura de la póliza de seguro en casos de necesidad de tratamiento de enfermedades crónicas o graves surgidas una vez están asentados en el territorio español suponen pese a los positivos efectos reparadores de la reforma una limitación en el acceso a la asistencia sanitaria para personas migrantes con residencia acreditada en España.

De igual modo, en Canadá la controvertida aplicación o invocación del artículo 38.1 IRPA ha dado lugar a una nutrida jurisprudencia a la hora de determinar si se permite rechazar una solicitud de entrada a territorio canadiense ante la previsibilidad de un daño para la salud pública, un riesgo para la seguridad o incluso si hay una razonable sospecha que puede causar una demanda excesiva de los servicios sociales o de salud canadienses. La determinación de las condiciones de salud se lleva a cabo de forma doble por medio del examen médico y el examen de admisibilidad previo a la entrada y para aquellas personas migrantes que van a estar por un periodo de tiempo prolongado. De hecho, el marco normativo habilita a las autoridades competentes a llevar a cabo el examen médico con el propósito de determinar si una persona supone un daño para la salud pública, la seguridad o puede suponer una demanda excesiva para los servicios sociales o sanitarios⁵³. Tales decisiones y su examen tienen como base aspectos ligados a la condición de salud, esto es, no solo dependen de un informe médico provistos de evidencias sobre el estado de salud en el momento de examen sino también de la discrecionalidad que no arbitrariedad de un «immigrant officer» que debe revisarlas.

nality, health grounds, financial reasons, misrepresentations, non-compliance with Canadian immigration laws, and inadmissible family members».

⁵² 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 núm. 51 28 de septiembre de 2007. Sentencia de la Sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2011.

⁵³ Federal Court in Pérez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) 2011, F.C.J. No. 1638 (F.C.).

En cualquier caso, se ha perfilado la discrecionalidad por medio de varios límites. Primero, en ningún caso, la revisión puede basar el rechazo de las condiciones de salud por motivos anteriores e incluidos del historial médico de la persona inmigrante, como por ejemplo una adicción a drogas anterior ya superada⁵⁴. Asimismo, se debe garantizar que la decisión tenga una motivación justa, dando siempre la posibilidad y oportunidad de poder responder teniendo conocimiento de las evidencias del informe médico, aunque no implique su totalidad⁵⁵. Por último, dentro de la discrecionalidad se admitiría un diferente criterio para la admisión temporal o permanente, dado que es relevante el propósito por el que se permite la admisión⁵⁶ pero en cambio no se podría considerar las personas con discapacidad como una categoría genérica porque como señala el asunto *Chesters v. Canadá*⁵⁷ la base del «examen médico de la condición de salud» es excesivamente vago e indeterminado. Si se considera una característica personal como la discapacidad sería discriminatoria *per se* y podría llegar a ser constitucionalmente ofensiva. En el supuesto concreto, una solicitante, una ciudadana alemana casada con un canadiense, sufría esclerosis múltiple. La solicitud rechazada era la de residencia permanente como miembro de una familia. Después de obtener una revisión médica fue considerada inadmisibile porque decía hacer excesivo uso de los servicios médicos. Como consecuencia de ello, el solicitante consiguió una revisión de la primera sentencia para desafiar la constitucionalidad de la decisión, sosteniendo que había sido discriminada como «mujer con discapacidad» de un ciudadano canadiense y como consecuencia sufrir de estrés psicológico y mental.

Ahora bien, volviendo al alcance de ambos criterios del paradigma del inmigrante enfermo como amenaza a la salud pública o al bienestar económico se puede apreciar en qué medida son muy recurrentes en la jurisprudencia canadiense y cómo se ha fiscalizado. Respecto al primero no hay indicadores en la jurisprudencia obrante sobre el grado de contagio que permitiría excluir una persona ni por el *Appeal Division of the Immigration and Refugee Board* o la *Federal Court*. De hecho en casos de portadores del HIV fueron reconducidos en la base de excesivas demandas de servicios más que como peligro para la salud, promoviendo indirectamente cierta caución en salvaguardar la sociedad y descartando así la existencia de peligro de contagio⁵⁸. En cambio, el

⁵⁴ *Canada Minister of Employment & Immigration v. Burgon* (1991) F.C.J. n.º 149 (1991) 13, F.C. 44 (F.C.J.)

⁵⁵ *Jany v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2001, F.C.J. n.º 1575, 2001, FCJ, *Sapru v. Canada ((Minister of Citizenship and Immigration)* 2011, FCA 35 (FCA) para. 3.

⁵⁶ *Ahir v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 1983, F.C.J. n.º 162, 49 N.R. 185 (FCA). *Deol v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 1992, FCJ, n 1072, 18, Imm. L. F. (2d) 1 FCA.

⁵⁷ *Chesters v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (2002), F.C.J. N.º 992 (2003) 1 F.C. 361, 2002 FCT 727 (F.C.T.D.)

⁵⁸ *Singh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2000, FCJ n.º 1297 (FCTD), *Ovaille v. Canada ((Minister of Citizenship and Immigration)* 2012, FCJ n.º 523, 2012, FC 507 (FC). *Le v. Canada ((Minister of Citizenship and Immigration)* 1986 I.A.D.D., n.º 5, 3 Imm. 2 R (2d) 55, (Imm. App. Bd. App. Div.)

segundo criterio del paradigma enfermo en la mayoría de los casos sobre los que se plantea la razonabilidad o no del criterio de inadmisibilidad se arguyen excesivas demandas de salud o servicios sociales.

Sin duda, un criterio de exclusión o no admisión que puede generar más problemas en la determinación y examen de la condición de salud dado que se deben tener en cuenta en términos de probabilidad y ponderar la concurrencia de las circunstancias personales, las condiciones de la enfermedad que se padece, la alternativa de un soporte familiar en caso de necesidad de tratamiento médico, la naturaleza del tratamiento requerido, etc⁵⁹. Por ejemplo, debe contar con un estándar de prueba dotado de tales evidencias objetivas y no solo ser meras especulaciones o posibilidades de generar excesivas cargas y, además si la familia puede hacer frente a las cargas derivadas tanto a nivel monetario como afectivo. Sobre tales extremos y la razonabilidad del rechazo de la solicitud hay numerosas sentencias en las que el Tribunal ha considerado válido el criterio de inadmisión⁶⁰ mientras que no lo ha considerado fundado en otros por no considerar la decisión de hacer responsable el propio inmigrante, por la condición médica en el momento de la decisión, por aplicar un criterio diferente para la admisión de solicitantes temporales o permanente y llegar a conclusiones en la determinación y examen médico incomprensibles, incoherentes o contradictorias para fundar una decisión de rechazo⁶¹.

⁵⁹ *Poste v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) 1997 FCJ, n.º 1805, 140, FTR 126 FCJD, *Rabang v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) 1999 FCJ n.º 1934, 176 TTR 314 (FCJTD), *Nam v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) I.A.D.D., n.º 45, 5 Imm. L. R. 2d 276 at p. 283 Imm. Ref. Bd (App. Div.)

⁶⁰ Véase por ejemplo, los asuntos *Akbar v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) 2015, F.C.J. No. 1011 2015 FC 921 (F.C.); *Majeed v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration, 2015, FCJ no. 1283, 2015, FC 1204 (FC); *Ma v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration, 2013 FCJ N.º 135, 2013 FC 131; *Zhang v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration, 2012 FCJ n.º 1179, 2012 FC 1093 affd, 2013 FCJ n.º 764, 2013 FCA 168; *Chauhdry v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration, 2011, FCJ n.º 29 2011 FC 22; *Sapru v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration, 2011, FCJ n.º 148 201 FCA 35; *Aggarwal v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) 2008, FCJ n.º 790, 2008 FC 639 FC; *Airapetyan v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration 2007 FCJ n.º 66 2007 FC 42 FC; *Deol v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration, 2002, FCJ n.º 949 2003 FC 301 2002 FCA 271 FCA leave to appeal to SCC refused 2002 SCCA n.º 358, 312 NR 195n (SCC); *Yogeswaran v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration 1999 FCJ n.º 1022, 247 NR 221, 1 Imm L. R. 3d) 177 FCA.

⁶¹ Véase por ejemplo, sobre la no aplicación de dicho criterio, entre otras *Hilewitz v. Canada* Minister of Citizenship and Immigration 2002 FCJ n.º 1121 2003 FC 3, 2002 FCT 844 FCTD revs. 2003 FCJ n.º 1677 2004 1 FCR 696, 2003 FCA 420 FCA revd. 2005 SCJ n.º 58, 2005 SCC 57 SCC; *Lee v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration 2006 FCJ n.º 1841 2006 FC 1461 FC; *Vashishat v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration 2008 FCJ n.º 1719, 2008 FC 1346 FC; *Sarkar v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration 2006 FCJ n.º 1940 2006 FC 1556; *Rabang v. Canada* Minister of Citizenship and Immigration, 1999 FCJ n.º 1934, 176 FTR 314 (FCTD) additional reasons at 2000 FCJ n.º 52, 176 FTR 314 at 319, 8 imm. L.R. (3d) 233 (FCTD); *Ovalle v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration, 2012 FCJ n.º 523, 2012 FC 507; *Aguinaldo v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration, 2010 FCJ n.º 824, 2010 FC 682, *Jafarian v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) 2010 FCJ N.º 332, 87 Imm. L.R. (3d) 262 (FC); *Budhu v. Canada*

En la mayoría de tales casos al no fundarse la aplicación de dicho criterio de inadmisibilidad previsto expresamente en el artículo 38.1 del IRPA, ha acabado prevaleciendo la protección del acceso a la asistencia sanitaria, al no quedar probado un impacto negativo en los sistemas sociales o de salud que pudiera poner en peligro real o verídico la sostenibilidad futura del servicio de asistencia sanitaria canadiense. Si existe una duda razonable siempre la interpretación judicial ha sido garantista y se ha decantado a favor de la protección de la asistencia sanitaria como derecho.

CONSIDERACIONES FINALES

El paradigma del «inmigrante enfermo» y su fácil acomodo en el derecho migratorio y de asilo se combina con ciertas categorías correlacionadas a la vulnerabilidad de las personas migrantes. Tal y como muestran los paralelismos observados entre el caso de Canadá y España, la tendenciosa «globalización» de las categorías de vulnerabilidad en contextos migratorios globales no responde solamente a una situación de desventaja frente a un evento puntual como es la crisis económica o una reforma concreta sino también traen causa de una situación de discriminación estructural derivada del inseparable vínculo ciudadano-extranjero. La fuerza gravitatoria o centrífuga de esta línea de tendencia conduce la persona migrante entre bruscas oscilaciones de la vulnerabilidad a la exclusión *de facto* de su país de origen y, a una correlativa exclusión *de iure* del país de permanencia o desde donde pretende acceder a ciertos derechos sociales o necesidades sociales.

Por así decirlo, el Derecho de extranjería y el sistema de asilo incentivan por omisión cómplice la vulnerabilidad no solo por la ineficacia de ciertas formas de «corregir» las situaciones de progresiva exclusión social sino también por acción la protección de los derechos sociales «por categorías excluyentes» quebrando así la efectividad de la igualdad material de los más vulnerables especialmente bajo el pretexto de la crisis económica o la sostenibilidad del sistema de salud. Así pues, la salud y el bienestar de las personas migrantes no se considera un bien común lo suficientemente valioso en sí mismo, sino más bien como un factor de riesgo para otros que debe ser neutralizado o identificado a priori. El verdadero riesgo que incurre por ser desatendida una persona migrante y por ende sus necesidades básicas de salud no adquiere la categoría de un valor para otros sino exclusivamente para él mismo —siendo el sujeto más débil para reivindicar su protección— siempre y cuando pueda

(Minister of Citizenship and Immigration, 1998 FCJ n.º 375, 43 Imm L.R. 2d 283 (FCTD); Poste v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 1997 FCJ n.º 1805 140 FTR 126, 42 Imm. L.R. 2d 84, 5 Admin. L.R. 3d 69 FCTD yes; Litt v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) 1995, FCJ n.º 272, 26 Imm. L.R. 2d, 153, 93 FTR 305 (FCTD); Deol v. Canada (Minister of Employment and Immigration, 1992, FCJ, N.º 1072, 18 Imm L. R. 2d 1, FCA; Parmar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2010) FCJ n.º 872, 90 Imm L.R. (3d) 35 FC; Companioni v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration, 2009 FCJ n.º 1688, 87 Imm. L. R. (3d) 271 FC.

auto-asegurarse no ser un riesgo para otros, no quedará excluido de la concepción de salud pública —que no universal insisto— admisible en un contexto migratorio.

Aunque la protección de la salud tras la entrada en el país es una competencia estatal, en la práctica la responsabilidad última de materializar y garantizar que las personas migrantes vayan a tener asegurada su salud corresponde a las diferentes administraciones como ejecutores de tales medidas. De hecho, como resultado de la revisión en perspectiva comparada de las reformas del sistema sanitario en Canadá que han precedido al caso español son evidentes los paralelismos y diferencias entre la reforma Trudeau-Sánchez en un relativo corto espacio de tiempo. Las diferencias estriban mayormente en las diferentes categorías jurídicas excluidas pero también en el origen y naturaleza de tales reformas. Aunque en un momento determinado sí llegan a confluír en una tendencia universalizadora mayormente promovida por declaraciones programáticas pese a la apertura *de facto* a una posible vulneración del acceso a la asistencia sanitaria ante limitaciones sustanciales del contenido esencial del derecho de acuerdo a los estándares internacionales de protección.

Tal y como refleja el caso de Canadá, al igual que el caso español, la protección de la asistencia sanitaria en contextos migratorios está sujeta a la voluntad política y por tanto las garantías de protección dependen de la discrecionalidad o la fijación de límites para su condicionamiento. Por ejemplo, dependiendo de su país de origen y el estatuto jurídico que ostentaran, la categoría de «in-land refugee claimants» desde los países considerados DCO recibiría solo atención médica en casos urgentes. Esta distinción fijada por el *Bill C-31* entre solicitantes DCO y non-DCO habilitaba al gobierno canadiense a ejercer el control migratorio limitando así la entrada de la segunda categoría de «refugees claimants» en el Estado implicando una sujeción a experiencias de mayor precariedad en el acceso a derechos sociales básicos. Es precisamente, el vacío ante la concesión de un estatuto jurídico permanente o la consecuencia de ser elegible para un trabajo en calidad de refugiado desde los llamados países DCO aquel que les niega la posibilidad de solicitar el acceso a la asistencia sanitaria. Lo mismo ocurre con las categorías de asegurado del Real Decreto-ley 16/2012 y, también las categorías residuales de desprotección sanitaria para los progenitores extranjeros de ciudadanos españoles con residencia en España por reagrupación familiar que deben acreditar un seguro privado como requisito derecho-deber para su autorización de residencia, pese al efecto positivo de la reforma del Real Decreto-ley 7/2018.

De este modo, aunque tal y como muestra lo ocurrido en Canadá y España entre el periodo 2017-2018, la restricción y prohibición de medidas regresivas en el acceso a la asistencia sanitaria puede ser reversible o modulable dentro de unos límites. Ahora bien siempre y cuando tales límite sean más acordes a los estándares y obligaciones internacionales que vinculan tales Estados, especialmente para las personas migrantes en situación irregular en España o los solicitantes de protección internacional. En cualquier caso, el contrapeso de los criterios derivados del paradigma del «inmigrante enfermo» y, su alta exposición a un margen de apreciación más arbitra-

rio que discrecional, si no es corregido con celeridad pueden perpetuar situaciones graves de vulnerabilidad, discriminación y progresiva exclusión social en contextos migratorios cada vez más globales.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO Y CUDOLÁ, V. y PRADA PÉREZ, R. (2014) «Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del Estado del bienestar», *Revista vasca de Administración Pública*, 99-100, pp. 87-110.
- ANTONIPILLAI, V. Bauman, A., Hunter, A. Waoush, O., Timothy, O. (2016) «Health inequity and «restoring fairness» through the Canadian Refugee Health Policy reforms. A literature», *Journal Immigrant Minority Health*, pp. 1-11.
- APARICIO WILHELMI, M. (2012) «Inmigración y crisis económica: la fragilidad de los derechos y su incidencia en las personas inmigradas», en Presno Linera, M.A. (coord..) *Crisis económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Girona, Procura, pp. 207-240.
- AYSÁ-LASTRA, M.; Cachón, L. (eds) (2015), *Immigrants, Vulnerability and Resilience. Comparative Perspectives on Latin American Immigrants During the Great Recession*, Suiza, Springer International Publishing.
- BARRANCO AVILÉS, M.C.; Churruca Muguruza, C. (eds) (2014), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BEISER, M. (2005) «The Health of Immigrants and Refugees in Canada», *Canadian Journal of Public Health*, 96, pp. 30- 44.
- BUSTAMANTE, J.A. (2002) «Immigrants' Vulnerability as Subjects of Human Rights», *International migration review*, Volume 36, Number 2, 2002, pp. 333-354.
- CANADIAN HEALTHCARE ASSOCIATION (2012). *Changes to the interim federal health program: position statement*. Recuperado desde Canadian Healthcare Association Website: <http://www.cha.ca/wp-content/uploads/2012/11/IFHP-reform-policy-statement-Novemeber-2012.pdf>
- CARDONA, O. (2004) «The need for rethinking the concepts of vulnerability and risk from a holistic perspective: a necessary review and criticism for effective risk management», in Bankoff, G., (ed.), *Mapping vulnerability. Disasters, development & people*, London, Earthscan, pp. 37-51.
- CEAR – COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (2009). *Una mirada hacia el sistema de asilo canadiense*, Madrid. Disponible en <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2019/01/Informe-Sistema-de-Asilo-Canada.pdf> (Fecha de consulta 1 de junio de 2019).
- CHOLEWINSKI, R. (2005) *Study on obstacles to effective Access of irregular migrants to minimum social rights*, Strasbourg, Council of Europe.

- COMMITTEE ON CIVIL LIBERTIES, justice and home affairs, (2015) *The impact of crisis on fundamentals rights across Member states of the EU. Comparative analysis*, Bruxelles, UE.
- DELGADO DEL RINCÓN, L. (2018) «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, pp. 288-314.
- FINEMAN, M.A. (2010) «The vulnerable subject and the responsive state», *Emory Law Journal*, 60 (2), pp. 251-275.
- GARCEA, J. (2016) «The Resettlement of Syrian Refugees: The Positions and Roles of the Federation of Canadian Municipalities and its Members», *Canadian Ethnic Studies*, Volume 48, Number 3, pp. 149-173.
- GARCÍA MAHAMUT, R. (2010) «Reflexiones constitucionales sobre el reasentamiento de refugiados: el régimen jurídico del reasentamiento en Canadá y en España a la luz de la nueva ley de asilo y de la protección subsidiaria», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 78, mayo-diciembre, pp. 43-93.
- GOIZUETA Vértiz, J. (2017) «El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 109, pp. 171-194.
- Gómez Zamora, L.J. (2018) «Comentario al Real Decreto 7/2018 de 27 de julio sobre el acceso universal al sistema nacional de salud», *Gabilex Castilla La Mancha*, 15, pp. 281-331.
- GOVERNMENT OF CANADA, Citizenship and Immigration Canada (2012). *News Release. Reform of the interim federal health program ensures fairness, protects public health and safety*. Disponible en <http://www.cic.gc.ca/english/department/media/releases/20012/2012-04-25.asp>
- GROVE, N., Ziwi, A. (2006) «Our health and theirs: forced migration, othering and public health», *Social Science Medicine*, 62, 8, pp. 1931-1942.
- HAMMAR, T. (1990), *Democracy and the Nation State: Aliens, Denizens, and Citizens in a World of International Migration*, Aldershot, Avebury.
- HAUSER, C., Milani, P., Pâquet, M., Skenderovic, D. (2013). *Société de migrations en débat. Québec Canada Suisse: approches comparées*, PUL, Laval.
- HEMERIJCK, A., Palm, T.; Entenmann, E., Van Hooren, F.(2013) *Changing European welfare states and the evolution of migrant incorporation regimes. Background paper reviewing welfare state structures and reforms dynamics in a comparative perspective*, Oxford, IMPACIM.
- HENRY, M.; Goslett, M., Caruso, B.J. (2015), *The 2016 Annotated Immigration and Refugee Protection Act of Canada*, Carswell.
- HYNDMAN J., Payne W., Jimenez S. (2017) «Patrocinio privado de refugiados en Canadá». *Revista Migraciones forzadas*, 54, pp. 1-4.
- JIMENA QUESADA, L. (2015) «Protección de refugiados y otras personas vulnerables en la Carta Social Europea», *Revista de Derecho Político*, n.º92, pp. 245-272.

- JONES, M. and Baglay, S., (2007) *Refugee Law*, Canada, Irwin Law.
- KUILE, S., Rosseau, C., Munoz, M., Nadeau Ouiment, M., (2007). «The universality of the Canadian health care system in question: barriers to services for immigrants and refugees», *Int. Journal Migration Health social Care*, 3, 1, pp. 15-26.
- KRIVENKO, Y. (2012) «Hospitality and sovereignty: What can we learn from the Canadian Sponsorship of refugees program», *International Journal of Refugee Law*, 24, 3, pp. 579-602.
- LABMAN, S. Pearlman, M. (2018) «Blending, bargaining and Burden-sharing: Canada's Resettleemnt Programs» *International Migration and Integration*, 19, pp. 439-449.
- LA SPINA, E. (2013) «Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares: alcance y limitaciones», *Derechos y Libertades*, 23, pp. 111-134.
- LA SPINA, E. (2017) «Controlling Immigrant integration in the Euro-Mediterranean Region: A compelling turnaround in times of Economic Crissi», *Revista Crítica de Ciencias Sociaís*, 114, pp. 5-26.
- MEZZADRA, S., Nielson, B. (2014) «Fronteras de inclusión diferencial. Subjetividad y luchas en el umbral de los excesos de justicia», *Papeles CEIC*, 2, pp-1-30.
- MCKEARY, M. Newbold. B. (2010) «Barriers to care: the challenges for Canadian refugees and their health care providers», *Journal of Refugee Studies*, 23 (4), pp. 523-545.
- OLSEN, Ch., El-Bialy, Ch., Mckelvie, M., Rauman, P., Brunger, F. (2016) «Other troubles: deconstructing perceptions and changing responses to refugees in Canada», *Journal of Immigrant Minority Health*, 18, pp. 58-66.
- ROUSSEAU, C.; Crépeau, F.; Foxen, P. and Houle, F. (2002), «The Complexity of Determining Refugeehood: A Multidisciplinary Analysis of the Decision-making Process of the Canadian Immigration and Refugee Board», *Journal of Refugee Studies*, n.º 15 (1), pp. 43-70.
- SAINSBURY, D., (2012) *Welfare States and Immigrant rights. The politics of inclusion and exclusion*, Oxford, Oxford University press.
- SOBRINO GUIJARRO, I. (2013) «Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España», *Lex social. Revista de los Derechos sociales*, 2, vol. 3, pp. 127-150.
- SUÁREZ LLANOS, L. (2013) «Caracterización de las personas y grupos vulnerables», en Presno Linera, M.A. (coord.), *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*, Oviedo, Universidad de Oviedo y Procuradora General del Principado de Asturias, pp. 37-92.
- UNITED NATIONS (2015) *THE ECONOMIC SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS OF MIGRANTS IN AN IRREGULAR SITUATION*, UNO publications.
- VALERIANO, E.; López-Sala, A. (2010), «En torno al mosaico canadiense. Una reflexión sobre la gestión política de la inmigración en Canadá», *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI n.º 744, julio-agosto, pp. 657-669.
- WALDMAN, L. (2017) *Canadian immigration & refugee law practice*, Toronto, Ontario, LexisNexis Canada.

Title:

The categories of exclusion in the migrant access to health care in Canada: a comparative approach.

Summary:

Introduction 1. The «migrant» and «sick migrant» categorization processes. 1.1 Different categories of exclusion associated with migrants and refugees in Canada. 1.2 The «sick/threat immigrant paradigm» and its accommodation in the migration and asylum law. 2. Restrictions in accessing health care among migrants and refugees in Canada: a trending topic, not only European. 2.1. The origin and nature of reform on the health care systems access in Spain and Canada. 2.2. Examples of exclusionary categorization in health care access in the IFHP 2012 reform and the Royal Decree Law 16/2012. 2.3. The Trudeau v. Sánchez «counter-reforms» and the scope of the sick immigrant paradigm in the case-law. Final Remarks

Resumen:

Dentro del ámbito de los derechos sociales, para las personas migrantes el derecho a la protección de la salud es un ejemplo prototípico de vulnerabilidad dada su compleja materialización por medio del acceso universal al derecho a la asistencia sanitaria. Durante el reciente periodo de crisis económica, las condiciones de acceso a la asistencia sanitaria para las personas migrantes han sido objeto de importantes reformas en diferentes Estados liberales. Por ejemplo, en el sur de Europa, países como España, Grecia e Italia han restringido el acceso universal a la asistencia sanitaria de forma significativa y, en ocasiones incompatible con los estándares internacionales de protección. Así pues, esta propuesta trata de observar los efectos de la tendenciosa y progresiva «globalización» restrictiva del derecho a la asistencia sanitaria para las personas migrantes en latitudes geográficas diferentes a España: Canadá. De un lado, se plantea revisar las diferentes categorías jurídicas de personas migrantes y aquellas asociadas al paradigma del «inmigrante enfermo» con vistas a justificar porque son objeto de exclusión pese a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Y, de otro lado, se analizan las categorías de exclusión del derecho a la salud de las personas migrantes poniendo especial énfasis en las reformas y contrarreformas más importantes de tales países. A partir del 2012, con la aprobación del controvertido Real Decreto-ley 16/2012 y los efectos de la *Bill C-31* en la reforma IFHP ambos han marcado en términos cualitativos un punto de inflexión en la protección al derecho a la asistencia sanitaria para las personas migrantes y refugiadas en el territorio canadiense y español. Ahora bien, pese a los paralelismos, el acceso fragmentado «por categorías» a la asistencia sanitaria y el impacto del paradigma del inmigrante enfermo aporta evidencias sobre la peligrosa tendencia a perpetuar *sine die* por medio de procesos de categorización excluyente, situaciones graves de vulnerabilidad, discriminación y exclusión social en contextos migratorios globales.

Abstract:

Within the field of social rights, a prototypical example of situations of vulnerability is the right to health protection of migrants and its complex realization through universal access to the right to health care. During the recent period of economic crisis, the conditions of access to health care for migrants have undergone important reforms in different liberal states. For example, in Southern Europe, countries such as Spain, Greece and Italy have restricted universal access to health care significantly and sometimes incompatible with international standards of protection. Thus, this proposal seeks to observe the effects of the biased and progressive restrictive «globalization» of the right to health care for migrants at a different geographical latitude: Canada. On the one hand, it is proposed to review the different legal categories of migrants and those associated with the «sick immigrant» paradigm with a view to justifying why they are excluded despite the situation of vulnerability in which they find themselves. On the other hand, the categories of exclusion from the right to health of migrants are analyzed with special emphasis on the most important reforms and counter-reforms in Spain and Canada. From 2012, with the approval of the controversial Real Decreto 16/2012 and the effects of the *Bill C-31* in the IFHP reform both have marked in qualitative terms a turning point in the protection of the right to health care for migrants and refugees in the Canadian and Spanish territory. However, despite the parallels, the fragmented access «by categories» to health care and the impact of the sick immigrant paradigm has given evidence of the dangerous tendency to perpetuate *sine die* through exclusionary categorization processes, serious situations of vulnerability, discrimination and social exclusion in global migratory contexts.

Palabras claves:

Personas migrantes; asistencia sanitaria; ley de extranjería; sistema de asilo; categoría de exclusión; vulnerabilidad; Canadá; España.

Key words:

Migrants; health care; immigration law; asylum system; category of exclusion; vulnerability; Canada; Spain.