



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria: efectividad de las garantías internacionales en los órganos judiciales *

di Carmen Salcedo Beltrán **

1. Introducción

Si por algo se caracteriza un período de crisis económica en un país es por la modificación o adopción de normas de tipo fiscal, laboral o mercantil, normalmente de marcado perfil restrictivo¹.

* El estudio se enmarca en el Grupo de Investigación sobre «Derechos Humanos y Carta Social Europea» de la Universitat de València (referencia: GIUV2013-148).

** Doctora en Derecho. Profesora Titular de Universidad del Departamento Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Valencia. Membre du Réseau Académique sur La Charte Sociale Européenne (Conseil de l'Europe). Artículo sometido a un proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego.

¹ En los inicios de la crisis se planteó la cuestión de si, para hacerle frente, se debía aplicar una política de estímulo o una de austeridad, y, aunque en un principio, se optó por la primera, finalmente se prefirió la segunda, puesto que aquella se asocia «[...] a la *incentiva-*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

España no ha sido ajena a esa realidad, viéndose, además, forzada a ello tras la recepción de ayuda financiera por parte de las instituciones de la Unión Europea, que, lógicamente, se supeditó al cumplimiento de unos compromisos dirigidos a controlar el déficit público. Concretamente, el 25 de junio de 2012 la solicitó oficialmente, en el contexto del proceso de reestructuración y recapitalización del sector bancario.

En la Decisión del Consejo 2012/443/UE, de 23 de julio de 2012, *sobre medidas concretas para reforzar la estabilidad financiera*, se fijaron fundamentalmente medidas de recapitalización y reestructuración del sistema bancario, pero con carácter previo, en la Recomendación de 10 de julio de 2012, sobre el Programa Nacional de Reforma de 2012 y por la que se emitió un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2015, se señaló la necesidad de adoptar reformas para «*asegurar que la edad de jubilación vaya aumentando en función de la esperanza de vida a la hora de regular el factor de sostenibilidad previsto en la reciente reforma del sistema de pensiones y respaldar la Estrategia global para el empleo de los trabajadores y las trabajadoras de más edad con medidas concretas encaminadas a desarrollar más el aprendizaje permanente, mejorar las condiciones laborales y fomentar la reincorporación de este grupo de trabajadores al mercado de trabajo*»².

ción de la demanda y el empleo [...] [pero ataca] a la base del modelo [...] al incrementar el déficit y deuda y encarecer la financiación al generar desconfianza en el mercado [...]», concluyéndose que «[...] si el recorte corrige un déficit muy elevado, esto puede favorecer la actividad económica al ganar confianza y reducir la prima de riesgo» (Gómez Urquijo 2012, 524).

² Con posterioridad las supervisiones y comprobaciones han continuado, particularmente en las Recomendaciones del Consejo de 29 de mayo de 2013 (COM 359 final), 2 de junio de 2014 (COM 410 final) y 13 de mayo de 2015 (COM 259 final).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Por tanto, ese año 2012 se caracterizó por la aprobación de diversas normas, algunas de ellas con gran repercusión pública por los sustanciales cambios que realizaron en el marco jurídico hasta entonces en vigor. Para hacerse una idea, se emitieron aproximadamente una treintena de Reales Decretos-leyes con el mecanismo de «extraordinaria y urgencia necesidad» (art. 86 de la Constitución española – en adelante, CE), sorteando la tramitación parlamentaria ordinaria, ejerciendo esa potestad el ejecutivo (Aguado i Cudolà y Prado Pérez 2014, 91)³.

Una de estas fue la realizada por el 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* (en adelante, RDL 16/2012)⁴. Realiza toda una serie de modificaciones, entre otras, la sustitución de la cartera común de servicios por el catálogo de prestaciones, el establecimiento del copago farmacéutico según la renta o el control de la prescripción de medicamentos, centrándome en este estudio en la efectuada

³ A modo de ejemplo, el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, convalidado posteriormente por la Ley 3/2012, de 6 de julio, fue otra de esas normas que adoptaron medidas, con carácter general, muy restrictivas de derechos de los trabajadores. El Tribunal Constitucional ha avalado esta utilización y considera que el Gobierno ha cumplido con los requisitos que le exige la Constitución para legislar por decreto-ley, afirmando que «*las dudas de constitucionalidad expuestas resultan notoriamente infundadas*»; que «*responde a una opción de política legislativa que, desde la estricta perspectiva constitucional (...) no genera quiebra o lesión en los derechos constitucionales invocados*»; y recuerda que «*no es suficiente la mera discrepancia política*» para tachar una norma de arbitraria (Auto 8/2014, de 14 de enero, inadmite la cuestión de inconstitucionalidad 5122-2013). La expresión constitucional es un concepto indeterminado, para un estudio de la misma véase Carmona Contreras (2013, 1-20).

⁴ Convalidado por Resolución de 17 de mayo de 2012 del Congreso de los Diputados.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

en cuanto a los requisitos necesarios para tener la condición de asegurado y, en consecuencia, el derecho a la asistencia sanitaria gratuita con cargo a fondos públicos.

El Gobierno procedió a modificar los requisitos para obtenerla, exigiendo como elemento imprescindible, a partir de su entrada en vigor, la residencia legal. Por consiguiente, se excluye de su ámbito de aplicación a los extranjeros que se encuentren en situación irregular, excepto en algunos supuestos a los que me referiré en las páginas siguientes⁵.

Se trata de una situación que tiene muchas similitudes con la que se planteó en Italia hace tres años, con el denominado «*pacchetto sicurezza*» (Vrenna 2012, 224-226), presentando los mismos problemas en cuanto a la reacción de algunas regiones adoptando normas para cubrir esa desprotección – conflicto competencial – así como el recurso al Tribunal Constitucional para dirimirlo. Si bien en Italia, la *Corte Costituzionale* las respaldó, en España están pendientes de resolución los recursos planteados, no teniendo mucha esperanza de que se sentencie como su homólogo italiano puesto que, hasta ahora, con referencia a otros que se le han planteado en cuanto a la dudosa constitucionalidad de normas que limitan considerablemente derechos laborales y de los ciudadanos,

⁵ Un estudio comparado de esta materia puede encontrarse en «L'accès aux soins de santé des migrants en situation irrégulière dans 10 États membres de l'Union Européenne». FRA-Agence des droit fondamentaux de l'Union européenne. Luxembourg, 2012, pp. 1-74, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2011-fundamental-rights-for-irregular-migrants-healthcare_fr_0.pdf (consultado el 10 junio 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

las ha amparado argumentando y justificándolas, entre otros aspectos, en la crítica situación del país o su carácter coyuntural⁶.

La respuesta negativa a esa modificación fue inmediata y generalizada desde el momento en que los mayores de dieciocho años pasaban a estar fuera de la asistencia sanitaria pública mientras que, con anterioridad, sí que se tenía, al ser suficiente la inscripción en el padrón municipal.

A falta de datos oficiales sobre los efectos de esta modificación legislativa, ya que el Ejecutivo se ha negado a realizar cualquier tipo de evaluación, varias organizaciones no gubernamentales, han denunciado que un año después de su entrada en vigor, más de 873.000 tarjetas sanitarias habían sido retiradas, es decir, cada día la reforma sanitaria estaba dejando a 2.392 personas sin acceso a la asistencia sanitaria pública⁷.

⁶ En este sentido, en las sentencias 119/2014, de 16 de julio (Rec. 5603/2012) y 8/2015, de 22 de enero (Rec. 5610/2012) se ha considerado constitucional, entre otros aspectos, la fijación de un período de prueba de un año en un nuevo tipo de contratos laborales (contrato de apoyo a emprendedores), las modificaciones realizadas en materia de negociación colectiva, facilitando a nivel empresarial la inaplicación de los convenios colectivos o el establecimiento de arbitrajes obligatorios. En la 95/2015, de 14 de mayo (Rec. 7434/2013) también se ha avalado la desvinculación de la subida de las pensiones con el índice de precios al consumo, de efectos retroactivos. Destacan de estos pronunciamientos los votos particulares emitidos por tres magistrados en los que señalan que con esas medidas se vulnera la Carta Social Europea de 1961 y que deberían ser anuladas.

⁷ Proposición de Ley sobre universalización del derecho a la asistencia sanitaria pública, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, 19 de junio de 2015 (www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/B/BOCG-10-B-232-1.PDF) (consultado el 10 julio 2015). La fuente de esos datos se encuentra en Royo-Bordonada, Díez-Cornell Llorente (2013), *Acceso de los inmigrantes a la asistencia sanitaria en España en tiempos de crisis*, in www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.conts/mem.detalle_cr/reلمenu.111/id.3232 (consultado el 12 julio 2015), que concretan que el origen de esa cifra se debe a que perdieron



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

A ello se añade las firmes manifestaciones, a través de la emisión de rigurosos informes, de Médicos del Mundo⁸, criticando duramente la norma en el sentido de que «[...] *se apoya en premisas falsas* [supuesto abuso de la asistencia sanitaria, confusión entre inmigración irregular y turismo sanitario así como en relación a la financiación del Sistema Nacional de Salud] *y ha dado vuelo a mensajes de claro contenido xenófobo; y que desatiende las advertencias de los mecanismos internacionales de derechos humanos* [...]», entendiendo que no se justifica:

- Ni desde el punto de vista de derechos humanos (la salud no es un lujo, es un derecho reconocido mediante acuerdos internacionales que el gobierno está incumpliendo en el momento actual al aplicar una medida regresiva y discriminatoria);
- Ni económico (reducir la atención sanitaria que recibirán cientos de miles de personas únicamente a urgencias será más costosa que

la tarjeta de residencia porque todavía no habían accedido a ella o porque no habían podido renovarla a consecuencia, a modo de ejemplo, de la pérdida de su puesto de trabajo.

⁸ Emitido en septiembre de 2013. Puede consultarse en www.medicosdelmundo.es/derechoacurar/wp-content/uploads/2012/11/Resumen-del-impacto-de-la-reforma-sanitaria-en-el-derecho-a-la-salud-de-la-poblaci%C3%B3n-inmigrante-Casos-documentados.-sin-anexos-sin-casos.pdf (consultado el 13 mayo 2015). Véase también el publicado en abril de 2014 *Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo*, en www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Impacto-Reforma-Sanitaria-Medicos-del-Mundo_3ec0bdf9%232E%23pdf (consultado el 18 junio 2015) y el de febrero de 2015 *Derribando el muro de la exclusión sanitaria*, en http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.dokumentos_Derribando_la_exclusion_sanitaria_okv2_a58192e3%232E%23pdf (consultado el 1 julio 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

una amplia cobertura de atención primaria y reforzar las medidas de prevención);

- Ni de salud pública (dejar sin cobertura a poblaciones vulnerables puede suponer un grave riesgo para la población en general);
- Ni desde la ética médica (negar la asistencia sanitaria a personas por su situación administrativa es contrario al código deontológico y al juramento hipocrático).

Esos argumentos los confirma acreditando «[...] la existencia de 1192 casos de personas hasta la fecha que han sufrido algún tipo de vulneración del derecho a la salud motivada por la aplicación del Real Decreto-ley, [no representando esa cifra] la totalidad de las personas que han requerido durante el último año algún tipo de asesoría o acompañamiento para hacer cumplir su derecho a la salud [...]», de los que escoge 14 para relatarlos en el documento que «[...] son representativos y especialmente significativos de las situaciones más graves que se están produciendo desde la aprobación del RDL 16/2012: personas que afrontan cuadros clínicos de gravedad a quienes el sistema dejará morir, a pesar de existir medios técnicos y médicos para evitarlo o para aplicar tratamientos paliativos; familias integradas durante años en nuestra sociedad, a quienes se les expulsa del sistema público de salud que han contribuido a financiar; personas sin recursos y en situación de especial vulnerabilidad, expuestas a la interpretación discrecional de la norma por parte de un personal administrativo y sanitario insuficientemente formado e informado».

Algunos gobiernos a nivel autonómico, preferentemente los que son dirigidos por partidos políticos diferentes del estatal, decidieron articular mecanismos para hacer frente a esa medida. Por un lado exigieron, a través de los correspondientes recursos de inconstitucionalidad, su supresión, que han sido admitidos a trámite pero están a la espera de ser resueltos en estos



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

momentos. Y, por otro lado, neutralizaron la reforma acordando normas que proporcionaban cobertura a este colectivo, siendo impugnadas por el Gobierno central al estimar que no tienen competencia para ello.

Asimismo, las organizaciones no gubernamentales aludidas, partidos políticos y entidades colegiadas de profesionales del sector sanitario requirieron a determinadas instituciones públicas, en concreto al defensor del pueblo, para que presentara una demanda ante el Tribunal Constitucional, en términos similares a los de los recursos interpuestos por las comunidades autónomas, solicitud que, sorprendentemente, no fue atendida, limitándose a emitir recomendaciones⁹.

Con la situación relatada, han sido los organismos internacionales los que se han dirigido directamente a nuestro país, exigiéndole la supresión o modificación de la exclusión. En concreto, el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante, CEDS) es el que ha otorgado y reconocido la protección solicitada de forma más contundente pues en enero de 2014 emitió las Conclusiones XX-2 (2013) en las que comunicó a España que debía retirarla pues estaba vulnerando el derecho a la protección de la salud, recogido en el art. 11.1 de la Carta Social Europea (en adelante, CSE), Tratado internacional que le vincula. En términos similares, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también se lo ha

⁹ Véase en este sentido el Documento elaborado por el Grupo de Trabajo de Bioética de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, titulado *Análisis ético ante la retirada de asistencia sanitaria a inmigrantes sin permiso de residencia*, en el que se explican los argumentos para oponerse a la norma con la finalidad de reducir el impacto del cumplimiento de la ley: www.aebioetica.org/docrecien/semfyc%20atencion%20inmigrantes.pdf (consultado el 10 abril 2015), pp. 1-8.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

comunicado en reiteradas ocasiones al estar incumpliendo el art. 12.2 d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC)

Las manifestaciones realizadas por los responsables gubernamentales con posterioridad no evidenciaron ningún signo de introducir los cambios en la legislación nacional que no es conforme con la normativa internacional. Ahora bien, se ha de apuntar que a finales de marzo de 2015 se anunció por el titular del Ministerio de Sanidad que este colectivo volvería a tener asistencia sanitaria¹⁰.

Por el momento es sólo una manifestación teórica que no se ha plasmado a nivel legislativo, estando a la espera de que se apruebe y ver las condiciones en que se restituya ese derecho que, lamentablemente, en algunos supuestos la solución será irreparable puesto que la realidad ha puesto de manifiesto las crueles consecuencias que se han producido, citando, a modo de ejemplo, el fallecimiento de un inmigrante que presentaba una patología grave que requería un tratamiento durante un período de tiempo al que se le denegó la asistencia sanitaria¹¹. Tras las nuevas declaraciones emitidas recientemente, no parece que se pretenda observar

¹⁰ www.elmundo.es/salud/2015/03/31/551a50f522601d677c8b4574.html (consultado el 12 julio 2015)

¹¹ La repercusión pública de este supuesto conllevó la apertura de expedientes disciplinarios e incluso la destitución del gerente del hospital, al estimar que al tratarse de una enfermedad contagiosa el hospital tenía obligación de hacerse cargo del tratamiento y seguimiento del paciente (Díaz Pérez 2015, 96-97).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

puesto que han ido dirigidas a «advertir» a las comunidades autónomas con multas millonarias de la UE por estar proporcionándola¹².

El presente estudio se dedica a analizar esta materia con la finalidad de evidenciar la relevancia que tiene en estos momentos la normativa supranacional, fundamentalmente la CSE y el PIDESC, a través de sus organismos de control, como instrumentos de garantía efectiva de los derechos humanos en tiempos de crisis económica, al poder ser invocados directamente en los tribunales exigiendo su reconocimiento, en aplicación del control de convencionalidad del art. 96 de la CE, desarrollado por la reciente Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, frente a las normas que se aprueban vulnerándolos y la pasividad e inobservancia de los compromisos y condenas internacionales por parte de las instituciones gubernamentales.

2. El derecho a la asistencia sanitaria pública de los inmigrantes en situación irregular en España

Como se ha apuntado brevemente, el RDL 16/2012 es una norma que, según señala su Exposición de motivos, se aprobó con la finalidad de hacer frente a la situación de grave dificultad económica que presentaba el sistema nacional de salud, aspecto en el que se incide reiteradamente a lo largo del mismo con referencias como el «[...] *insostenible déficit en*

¹² Comparecencia del Secretario General de Sanidad en la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales del Congreso de los Diputados, 20 de agosto de 2015.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

las cuentas públicas sanitarias [...]», la necesidad de adoptar por parte de los países de la Unión Europea de medidas «[...] que permitan optimizar sus modelos asistenciales [...] en especial en los países a los que ha golpeado con más intensidad la crisis financiera y económica», «[...] la sanidad pública no puede obviar por más tiempo una situación claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad y que [...] ha acarreado consecuencias gravemente perjudiciales para el empleo y la viabilidad de los sectores empresariales que con él se relacionan [...]», la necesidad de hacer reformas «[...] que permitan mejorar la eficiencia en la gestión, promover el ahorro y las economías de escala [...]», declarando expresamente que tiene «[...] como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del sistema nacional de salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo, lo que hace necesario que éstas se apliquen con la mayor urgencia posible [...]».

Atendiendo a esta circunstancia, se realizan una serie de modificaciones en la normativa hasta ese momento en vigor, limitándose a la efectuada por el art. 1 y la disposición adicional tercera del RDL 16/2012 en el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, *de cohesión y calidad del sistema nacional de salud*, y en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, en cuanto a los requisitos necesarios para tener la condición de asegurado y, en consecuencia, derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

Consciente el Gobierno español de lo controvertido que resultaba ese aspecto, a los argumentos anteriores, añadió que el cambio estaba fun-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

damentado en los informes emitidos previamente por el Tribunal de Cuentas¹³, que revelaban algunas situaciones en las que prestaba indebidamente asistencia sanitaria debilitando «[...] *de forma alarmante la sostenibilidad*», imponiéndose la necesidad de «[...] *una clarificación armonizada de la condición de asegurado, a efectos de la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios, de tal forma que ésta quede vinculada de forma efectiva a la financiación por impuestos y al carácter de solidaridad social que el esquema progresivo de los mismos tiene en nuestro país*».

Una lectura de las indicaciones incluidas en esos documentos, en concreto el de 29 de marzo de 2012 (Informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la seguridad social¹⁴), pone de manifiesto la tergiversación que se realiza del mismo. El documento expone que el acceso de nacionales de terceros Estados a las prestaciones sanitarias en España, mediante la figura de «persona sin recursos económicos suficientes», condición que conlleva la gratuidad de las prestaciones sanitarias, origina el riesgo de que, en ocasiones, se utilice por quienes «[...] *no reúnen los requisitos exigidos legalmente, bien por tener cubiertas sus prestaciones sanitarias por la seguridad social de sus respectivos estados de origen, o bien por disponer dentro o fuera de España de re-*

¹³ Regulado en el art. 136 de la CE, en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo y en la Ley 7/1988, de 5 de abril, es el «*supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica de Estado, así como del sector público*».

¹⁴ Aprobado por la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, Resolución de 18 de diciembre de 2012 www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-3242 (consultado el 12 enero 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

cursos económicos suficientes», recomendando «[...] gestionar de la manera más eficiente las capacidades del sistema, para [...] garantizar el mantenimiento del modelo español [...], que garantiza la protección de la salud y se sustenta con base en la financiación pública, la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios».

Por lo tanto, considera que es necesario que el Gobierno impulse las medidas oportunas «[...] para que el coste de la asistencia sanitaria prestada a dicho colectivo pueda ser derivado, en su caso, a sus respectivos países de origen» y que los organismos gestores de esta prestación realicen «[...] las actuaciones oportunas para validar periódicamente la vigencia de los requisitos exigidos por la normativa aplicable para que los integrantes de este colectivo puedan acceder a la condición de «persona sin recursos económicos suficientes».

Con todos esos argumentos, el Gobierno procedió a modificar los requisitos de la condición de asegurado. Anteriormente se adquiría encontrándose en algunos de los siguientes supuestos (art. 3)¹⁵:

- a) *Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la seguridad social y en situación de alta o asimilada a la de alta.*
- b) *Ostentar la condición de pensionista del sistema de la seguridad social.*
- c) *Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la seguridad social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.*
- d) *Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.*

¹⁵ Desarrollado por el art. 2 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

El RDL 16/2012, varió la letra d) dándole una nueva redacción en los siguientes términos:

d) *Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España.*

Con ello, la residencia legal en el territorio se convierte en un elemento imprescindible para tener derecho a la asistencia sanitaria del sistema nacional de salud, excluyendo, consiguientemente de su ámbito de aplicación, a los extranjeros que se encuentren en situación irregular, pudiendo obtenerla «[...] mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial [...]» (art. 3.5).

Excepcionalmente, se admiten situaciones en las que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes tienen derecho a esa prestación, añadiendo un art. 3 *ter*, en el que las fija en los siguientes términos:

a) *Urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.*

b) *Asistencia al embarazo, parto y postparto.*

c) *Los extranjeros menores de dieciocho años.*

Por lo que se refiere a la modificación que se realizó en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el precepto tenía cuatro apartados que determinaban que «los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles», siendo nuevamente redactado con el RDL 16/2012, pasando su conteni-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

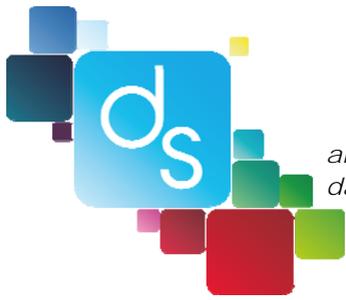
Saggi

do a señalar que «*los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria*».

No creo que deje lugar a dudas que las actuaciones a adoptar, por indicación del Tribunal de cuentas, iban referidas a la mejora de la gestión de la prestación, pero, en ningún momento, se expresó que se excluyera de la asistencia sanitaria a ese colectivo, siendo criticables las referencias que, en ocasiones, el Gobierno ha utilizado, y aún continúa, en cuanto al turismo sanitario para justificar la reforma realizada, cuando la situación de ese colectivo en nada puede ser equiparable (Aguado i Cudolà y Prado Pérez 2014, 91).

Unida a esa exclusión, se aprobó el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio¹⁶, en el que se regulan los requisitos básicos para suscribir un convenio especial que permite a las personas que lo suscriban acceder, mediante el pago de cuota, a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales con las mismas garantías de extensión, continuidad asistencial y cobertura de la que disfrutaban las personas que ostentan la condición de aseguradas o beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. Para situarse en cuanto al coste, con carácter general, si el suscriptor tiene menos de 65 años, la cuota es de 60 €/mes, y si tiene 65 o más años, es de 157 €/mes.

¹⁶ Desarrollado por la Orden SSI/1475/2014 de 29 de julio por la que se regula, en el ámbito del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, el contenido y procedimiento de suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria y la Resolución de 30 de septiembre de 2014, del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, por la que se aprueba el modelo para suscribir el convenio especial.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

La oposición a esa modificación fue inmediata y generalizada desde el momento en que los extranjeros en situación irregular mayores de dieciocho años pasaban a estar excluidos de la asistencia sanitaria pública gratuita (Aprell Lasabagaster 2013, 5), al ser requisito imprescindible poseer una autorización de residencia legal, mientras que, con anterioridad, era suficiente la inscripción en el padrón municipal, que en España no constituye prueba de su residencia legal ni atribuye ningún derecho de acuerdo con el art. art. 18.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (Sobrino Guijarro 2013, 133)¹⁷. Como se ha señalado, deja de ser automática la titularidad del derecho, siendo preciso «[...] *que un ente administrativo –en este caso el INSS- reconozca la condición de asegurado, esto es, que se cumplen los requisitos fijados para permitir el acceso a las prestaciones del sistema*» (Palomar Olmeda y Vázquez Garranzo 2013, 35).

¹⁷ Así lo han confirmado los tribunales, puede verse en este sentido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 15 de febrero de 2013 (Rec. 252/2012), 19 de diciembre de 2013 (Rec. 365/2013) y 6 de marzo de 2014 (Rec. 415/2013): «[...] *la circunstancia de encontrarse empadronada [...], para nada es muestra de arraigo, pues es sabido que el artículo 18.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del régimen local establece que la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de los derechos y libertades de los extranjeros en España; como tampoco lo es la titularidad de tarjeta sanitaria, pues esta última, según dispuso la DT 1ª del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, tan sólo es consecuencia del derecho que a los ciudadanos extranjeros otorgaba el artículo 12 Ley Orgánica de Extranjería, antes de ser modificado por la DF 3ª del Real Decreto Ley antes citado [...]*».



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

3. La articulación de instrumentos jurídicos de garantía de los derechos humanos

3.1. Mecanismos a nivel nacional

La oposición social apuntada se articuló recurriendo a los instrumentos jurisdiccionales que el ordenamiento jurídico establece, de los que se ha servido también el propio Gobierno para intentar paralizar los efectos de las normas aprobadas por las comunidades autónomas que han proporcionado la protección sanitaria eliminada. Brevemente señalo que éstas tienen en estos momentos una especial relevancia puesto que, tras las recientes elecciones regionales del 24 de mayo de 2015, se han incrementado considerablemente los gobiernos de partidos políticos diferentes del central, adoptando, escasamente semanas después de su toma de posesión, medidas de signo contrario a la normativa central.

Es el caso de la Comunidad Valenciana, que ha aprobado el Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria Valenciana, de Aragón, que el 7 de agosto de 2015 ha publicado una Instrucción por la que se regula el acceso a la asistencia sanitaria para las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes ni cobertura de asistencia sanitaria del Sistema nacional de salud o de Cantabria que ha adoptado la Orden SAN/38/2015, de 7 de agosto, por la que se regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas residentes que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública, que extienden el acceso al sistema sanitario de los extranjeros en situación irregular en las mismas condiciones que el resto de usuarios de la red pública valenciana, a los que



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

exige únicamente estar empadronado en algún municipio de esa región un mínimo de tres meses¹⁸, a las que parece que se unirá en breve Castilla-La Mancha y Madrid.

3.1.1. Interposición de recursos de inconstitucionalidad

Las dudas en cuanto a su conformidad con la Constitución Española llevaron a que se presentaran varios recursos de inconstitucionalidad promovidos por los Gobiernos de Canarias, Cataluña y Navarra (nº 4123-2012, 414-2013 y 433-2013), estando, tras ser admitidos a trámite, pendientes de resolución.

Asimismo, algunas Comunidades autónomas han reaccionado reconociendo ese derecho, en el marco de sus competencias (art. 148.1.21 de la CE), citando a modo de ejemplo, el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud en el ámbito de la Comunidad autónoma de Euskadi, en el que se declara que el objeto del mismo es el de «[...] regular [...], el acceso a las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios del sistema vasco de salud a aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del sistema nacional de salud por no

¹⁸ La normativa se puede consultar en los siguientes enlaces: *Diario Oficial de la Comunidad Valenciana* de 29 de julio de 2015, www.docv.gva.es/datos/2015/07/29/pdf/2015_6818.pdf; www.saludinforma.es/portalsi/documents/10179/360426/Instruccion_Asiencia_Sanitaria.pdf/d7a6dd5b-5dd6-4794-b7c9-648fab01b58a; Boletín Oficial de Cantabria de 17 de agosto de 2015, <https://boc.cantabria.es/boces/verAnuncioAction.do?idAnuBlob=290584> (consultado el 25 agosto 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo [...]» (art. 1)¹⁹ o 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, en la que determina que «todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la comunidad foral de Navarra, con cargo a los presupuestos generales de navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa», especificando que se entiende por residencia «[...] el hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno» (artículo único, apartados 1 y 2).

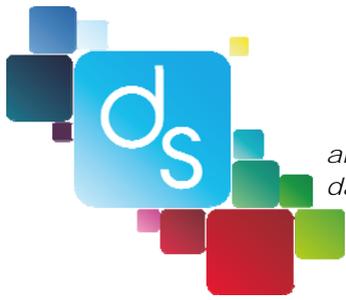
El Gobierno, en lugar de dejar que presten los servicios a los colectivos que deseen, ha interpuesto contra esa normativa autonómica recursos de inconstitucionalidad considerando que se están invadiendo com-

¹⁹ Concreta este aspecto el art. 2 en el sentido de que tienen acceso a las «[...] prestaciones públicas sanitarias en esa Comunidad Autónoma las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por tener la condición de asegurados o beneficiarios del mismo, las personas que dispusiesen de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi, así como las personas que cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Estar empadronadas en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el que tengan su domicilio habitual, por un periodo continuado de, al menos, un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria.

b) Ser persona perceptora de prestaciones económicas integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión o tener ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica para la inclusión y protección social de acuerdo a su normativa reguladora.

c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título».



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

petencias del Estado (nº 4540-2012 y 7089-2013 respectivamente), con fundamento en el art. 161.2 de la CE, admitidos por el Pleno, suspendiendo su vigencia y aplicación. No obstante, los Autos de 13 de diciembre de 2012 (Rec. 4540/2012) y 8 de abril del 2014 del Tribunal Constitucional han levantado la suspensión de varios preceptos del Decreto del País Vasco y de la Ley Foral de Navarra, entre los que están incluidos los señalados aplicando la doctrina que estima que su mantenimiento puede provocar perjuicios irreparables a las personas a las que va destinada, ya que la de los inmigrantes sin permiso de residencia y sin recursos económicos «[...] puede ver notablemente afectada si se les impide el acceso a los servicios sanitarios públicos de forma gratuita, lo que repercutirá en su estado de salud y también en el de otras personas. El derecho a la salud y el derecho a la integridad física [...], así como la conveniencia de evitar riesgos para el conjunto de la sociedad deben primar sobre cualquier otra consideración, y más aún sobre las de tipo económico respecto a las cuales se debe tener en cuenta la importante caída que ha sufrido la inmigración en España».

3.1.2. La «cuestionada» intervención del defensor del pueblo

El otro mecanismo que se articuló a nivel nacional frente a la modificación objeto de estudio fue acudir al defensor del pueblo estatal²⁰ pue-

²⁰ En España existe esta figura a nivel nacional y autonómico (no todas pues algunas comunidades como Asturias (Ley 2/2013, de 21 de junio), Castilla-La Mancha (Ley 12/2011, de 3 de noviembre de 2011) y Murcia (Ley 14/2012, de 27 de diciembre) decidieron suprimirlo para reducir el gasto público, siguiendo las recomendaciones del Gobierno),



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

sto que está legitimado para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra las normas en virtud de los arts. 162.1 a) de la CE y 32.1 a) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, habiendo recibido 80 solicitudes para que procediera a ello al entender que se producía una vulneración de los siguientes preceptos de la Carta Magna:

1. Por un lado, el art. 9.3 por infracción de los principios constitucionales de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad (*“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*).

2. Y, por otro lado, el art. 43 que reconoce el derecho a la protección de la salud, en relación con el principio de igualdad de los arts. 14 y 139, al excluir a ciertos sectores de la población de la prestación de asistencia sanitaria, que debería ser universal.

La Defensora del pueblo comunicó sorprendentemente la negativa a acceder a la solicitud en la Resolución emitida el 20 de julio de 2012²¹, señalando que, a su juicio, no se producía esa inconstitucionalidad de la norma por lo siguiente:

mientras que en Italia sólo existe a nivel regional (*Coordinamento Nazionale dei Difensori Civici delle Regioni e delle Province autonome*).

²¹ <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/el-defensor-del-pueblo-realiza-5-recomendaciones-a-sanidad-2/> (consultado el 10 marzo 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

a) La prestación de asistencia sanitaria a dispensar por el Sistema Nacional de Salud se configura como un derecho universal de todos los ciudadanos residentes en territorio nacional, no siendo esto equivalente a que sea plenamente gratuita para sus beneficiarios, siendo el objetivo cubrir a todos los españoles residentes en territorio nacional.

b) Al entrar a valorar la cuestión de los extranjeros en situación irregular, simplemente se remite a la existencia de tres excepciones, procediendo, a continuación, a analizar el supuesto de los que cumplen 26 años que eran beneficiarios por convivir con un titular, y se centra en la condición de asegurado, es decir, utiliza argumentos que no tienen nada que ver con la alegación que se realiza, recordando, eso sí, la libertad que tiene el legislador, en virtud del art. 13.1 de la CE, para regular el ejercicio de los derechos y libertades públicas que el Título I garantiza a los extranjeros.

c) En cuanto al derecho a la salud recogido en la CE, no concreta el contenido de las medidas que debe integrar la acción protectora, remitiendo al legislador la articulación del derecho mediante la fijación de las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios. En consecuencia, el modelo que finalmente adopte no viene determinado en origen por el texto constitucional, sino que el legislador dispone de una amplia libertad para modular la acción protectora del sistema sanitario.

d) Finalmente, el derecho a la acción protectora no está reconocido como derecho a la salud (art. 43) sino dentro de los llamados principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52). Por ello, no otorga derechos subjetivos en sentido estricto, y por tanto, no hay un reconocido un derecho a la asistencia sanitaria.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Una lectura de las justificaciones apuntadas permite deducir que eludió la materia concreta sobre la que tenía que pronunciarse, abordando otros temas que no tienen nada que ver con la asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares.

A continuación, el documento incluye en sus últimas páginas cinco Recomendaciones al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y en ellas sí que realiza referencias expresas a esa cuestión, como puede observarse de su lectura, requiriéndole los dos aspectos que a continuación se mencionan:

1°.- Que se adopten las medidas complementarias necesarias que aseguren la coherencia global del Sistema Nacional de Salud, de modo que se produzca el acceso efectivo a la protección de la salud para colectivos en situación vulnerable, que han quedado excluidos del concepto de asegurado o beneficiario, al objeto de garantizar el cumplimiento por parte de las administraciones públicas de la obligación que les compete en materia de protección de la salud pública.

2°.- Que se dicten instrucciones acordadas en el marco del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a fin de habilitar la adecuada atención de aquellas personas con padecimientos graves, para evitar la posible responsabilidad de España por el incumplimiento de obligaciones internacionales, entre otras, las derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y otros instrumentos que establecen obligaciones positivas.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Claramente se deduce que la Defensora del Pueblo es consciente de que, con la exclusión de los extranjeros en situación irregular de la asistencia sanitaria, se están vulnerando convenios internacionales que España tiene suscritos y que debe observar dado su carácter vinculante, dejando patente que está incumpliendo la finalidad para la que es constituido este organismo, que es la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la CE (art. 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril) y su independencia, sobre todo de los poderes del Estado, dada la implicación en su elección (Rovira Viñas 2007, 215).

Estas recomendaciones no han sido atendidas por el Ministerio de Sanidad, y así lo ha puesto de manifiesto la Defensora del Pueblo en los Informes anuales que presenta esta institución²², señalando simplemente que es una materia que le “preocupa” y que las comunidades autónomas han articulado sus propios procedimientos para alcanzar la atención necesaria. Resulta criticable que, ante una materia tan importante, se limite a realizar simples enunciados teóricos, y no haya utilizado los mecanismos jurídicos que tiene a su alcance, unido a que debería haber enfatizado que las comu-

²² Defensor del Pueblo Informe Anual a las Cortes Generales 2013 www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe_2013.pdf (13/9/2014). Véase también el reciente estudio, realizado junto a los defensores del pueblo autónomos, sobre «Las urgencias hospitalarias en el Sistema Nacional de Salud: derechos y garantías de los pacientes» (enero 2015) en el que se determina que la asistencia sanitaria «debe prolongarse más allá de la actuación de urgencias, hasta la resolución del problema de salud que dio lugar a la urgencia», en www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/historico/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/SUH_Estudio.pdf (consultado el 14 junio 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

nidades autónomas están encontrando muchos problemas para cubrir esa asistencia pues el propio Gobierno está obstaculizando esa tarea.

De hecho, con carácter general, la escasa utilización de este procedimiento, así como del recurso de amparo, lleva a que, efectuado un análisis coste/beneficio de la figura del defensor del pueblo, se concluya que se podría suprimir esta concreta legitimación procesal, dedicándose a la que ha sido y es su función tradicional, es decir, la de solventar los supuestos de incorrecto funcionamiento de la administración pública en sus relaciones con los ciudadanos (Torres Muro 2010, 214). Así lo ponen de manifiesto las estadísticas, pues en el año 2012, de 246.743 solicitudes de interposición de un recurso al Tribunal Constitucional, no se admitieron 244.430, dejando en estudio 2.313, por lo que se refiere al 2013, de 10.128 solicitudes, se denegaron 10.124, y 4 están en estudio, y en 2014, de las 289 peticiones sólo una se presentó²³.

Ahora bien, si la actuación del Defensor del pueblo nacional es absolutamente criticable, no se puede decir lo mismo de sus equivalentes a nivel autonómico, que han realizado actuaciones dirigidas a hacer frente a la problemática situación de la carencia de asistencia sanitaria gratuita por parte de los extranjeros irregulares, estimando que el derecho a la atención sanitaria debe prevalecer por encima de cualquier otra consideración (Terrádez Salom 2015, 343-351). Así, el Defensor del Pueblo de Andalucía, ante los problemas de identificación de los inmigrantes irregulares, resuelve en la Queja 13/2791 (mayo 2014) que será suficiente la

²³ Datos extraídos de www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/index.html (consultado el 15 julio 2014).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

que pueda realizar una organización no gubernamental, bien a través de la comparecencia directa de su personal con este cometido, bien mediante la expedición de un documento a estos solos efectos²⁴.

Por lo que se refiere al Defensor del Pueblo del País Vasco-Ararteko, dado que en esta comunidad se ha decidido prestar asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares sin papeles, exigiendo que estén un año empadronados, éste ha solicitado en septiembre de 2013 que se retire ese condicionante puesto que es una barrera que impide el acceso a todos²⁵.

3.2. Mecanismos a nivel internacional

Como se ha apuntado, la reforma legislativa analizada vulnera la normativa internacional y el Gobierno era y es consciente de ello desde el momento en que ha recibido las correspondientes comunicaciones por parte de los órganos que se encargan de supervisar el cumplimiento de los tratados, que no tardaron en llegar. Así, de forma contundente la recibió en enero de

²⁴ Puede consultarse en www.defensordelpuebloandaluz.es/content/valdr%C3%A1-que-las-ong-acrediten-la-identidad-de-los-inmigrantes-para-su-atenci%C3%B3n-sanitaria (consultado el 14 septiembre 2014).

²⁵ Recomendación General del Ararteko 8/2013, de 24 de septiembre. Limitación derivada del empadronamiento previo, en el acceso a la asistencia sanitaria a las personas que no tienen la condición de aseguradas en el Sistema Nacional de Salud (www.ararteko.net/contenedor.jsp?layout=contenedor.jsp&codResi=1&language=es&codMenu=494&codMenuPN=1&codMenuSN=14&contenido=9217&tipo=5&nivel=1400&seccion=s_fdoc_d4_v8.jsp&title=Limitaci%F3n+derivada+del+empadronamiento+previo%2C+en+el+acceso+a+la+asistencia+sanitaria+a+las+personas+que+no+tienen+la+condici%F3n+de+aseguradas+en+el+Sistema+Nacional+de+Salud) (consultado el 14 septiembre 2014).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

2014 por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales, con la emisión de las Conclusiones correspondientes, y con carácter previo, a través por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en las Observaciones finales redactadas tras el examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del PIDESC.

En este apartado son objeto de análisis esas resoluciones puesto que son las que fundamentan y amparan las oposiciones y objeciones a la normativa que se han explicado en las páginas anteriores, en aplicación, como se examinará, del control de convencionalidad reconocido en el art. 96 de la CE y del principio de jerarquía normativa. Esa normativa supranacional, desde el momento que es ratificada por España, forma parte del ordenamiento interno y debe ser respetada y observada.

3.2.1. Comité Europeo de Derechos Sociales

a) Carta Social Europea de 1961 y Protocolo Adicional de 1988

Para comprender la condena que recibió España por parte del Consejo de Europa, considero necesario exponer, aunque sea de forma breve, qué es la Carta Social Europea así como la situación de aplicación en nuestro país.

Se debe considerar como el Tratado más importante en cuanto a la protección de los derechos humanos sociales, como así ha puesto de manifiesto la doctrina al definirla como el «[...] *instrumento internacional que contiene el más completo catálogo de derechos sociales* [...]» (Belorgey 2007, 349) o el «[...] *instrumento más emblemático del Derecho europeo de los*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

sociales o, si se prefiere, Derecho social de los Derechos humanos» (Jimena Quesada 2004, 137).

No obstante, la realidad no refleja esa relevancia ya que la omnipresencia del derecho de la Unión Europea provoca que, con frecuencia, sea ignorada, confundida e incluso encuadrada en el mismo. En la actualidad, su estudio es imprescindible ante la relevancia que tiene la jurisprudencia que está dictando el CEDS valorando las numerosas modificaciones legislativas que están adoptando los países comunitarios, que tienen su origen en los condicionantes que les imponen o en el cumplimiento de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fue adoptada originariamente en Turín el 18 de octubre de 1961 y entró en vigor el 26 de febrero de 1965, como complemento del Convenio Europeo de Derechos Humanos, acordado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Esa aprobación separada, así como el establecimiento de un procedimiento de vigilancia de su cumplimiento diferente, al que luego haré referencia, se justifica en la dificultad de conseguir un consenso por parte de los Estados «[...] *sobre qué derechos se debían garantizar, su alcance y el mecanismo de control»* (Prieto Suárez 2008, 356), puesto que, si bien su adopción evidencia un progreso social, concretado, en el reconocimiento y mejora de los derechos sociales, la CSE se observa como una «[...] *fuerza de gastos adicionales que [...] han de soportar el Estado o los empresarios, [traduciéndose] esa carga financiera [...] irremediabilmente en un aumento del coste y de los precios de los bienes producidos en el país que pretende llevar a cabo ese avance social [...], [exponiéndose] [...] al riesgo de ver debilitado su comercio internacional si no convence a los otros países para que realicen un progreso social similar, lo que en definitiva acarrea una concertación interna-*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

cional en un mundo cada vez más globalizado [...]» (Jimena Quesada 2007, 31).

En cualquier caso, los dos textos son complementarios, no siendo posible establecer, como se ha señalado (Jimena Quesada y Tomás Mallén 2007, 304), una separación absoluta entre, por un parte, los derechos del primer texto, y, por otra parte, los del segundo, ya que están relacionados. Una lectura del CEDH evidencia que no es ajeno al reconocimiento de derechos sociales pues el art. 4 contiene la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, y el art. 11 la libertad de reunión y de asociación, precisando de un texto adicional que ampliara, integrara y regulara de forma completa este tipo de derechos que no estaban referenciados (Akandji-Kombé 2006, 387 y 388)²⁶.

En la actualidad ese temor se ha de tener por superado dado que un total de 43 países han ratificado la CSE, originaria y/o revisada, entre los que se incluyen los 28 de la Unión Europea, debiendo garantizar un mínimo de preceptos, como luego se explicará, no existiendo, al menos teóricamente, diferencias muy notables. Se pueden caracterizar, a mi modo de ver, como los más importantes del organismo en el que hay que situar su origen, el Consejo de Europa, creado el 5 de mayo de 1949 por diez Estados fundadores, teniendo el honor de ser la agrupación

²⁶ Apunta que la estrecha relación del CEDH y de la CSE es patente si se estudian los trabajos preparatorios de la última, puesto que el dictamen emitido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de septiembre de 1953 resaltaba, en relación con la CSE, que «[...] debería constituir en el ámbito social un homólogo del CEDH [...]» y el Comité de Ministros, en el mensaje especial que publicó en mayo de 1954, la caracterizó como «[...] el pariente del CEDH en el ámbito social».



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

más numerosa y antigua a nivel europeo integrada en total por 47 países.

Su finalidad principal es la de «[...] realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social» (art. 1 a) del Estatuto), materializándola a través de los órganos que lo componen que son, por un lado, el Comité de Ministros – órgano decisorio – y, por otro lado, la Asamblea Parlamentaria – órgano de deliberación – «[...] mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (art. 1 b) del Estatuto).

Entrando en el contenido de la CSE, declara el Preámbulo, que la aprobación se realiza con el objetivo de garantizar el goce de los derechos sociales sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social en los países que forman parte del Consejo de Europa.

Establece, como compromisos de las Partes contratantes, a considerarse vinculadas por una serie de derechos y obligaciones (Parte II), entre ellos, garantizar el efectivo derecho al trabajo (art. 1), unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2), la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3), una remuneración equitativa (art. 4), promover la libertad sindical de los trabajadores y empleadores (art. 5), la negociación colectiva (art. 6), la protección de niños y adolescentes (art. 7) y de las trabajadoras (art. 8), la orientación y formación profesional (arts. 9 y 10), la seguridad social (art. 12), la asistencia social y médica (art. 13), los beneficios



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

de los servicios sociales (art. 14), la formación profesional y readaptación profesional y social de las personas física o mentalmente disminuidas (art. 15), la protección social, jurídica y económica de la familia, las madres y niños (arts. 16 y 17), el ejercicio de una actividad lucrativa en el territorio (art. 18) y, finalmente, la protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias (art. 19).

La Parte III hace referencia a las obligaciones de los Estados en relación con la CSE, explicando el peculiar sistema de ratificación.

En cuanto a la Parte IV, contiene la regulación del sistema de control de su aplicación con la presentación de Informes, atribuido al anteriormente denominado Comité de Expertos, que actualmente se denomina CEDS, formado por quince expertos independientes e imparciales, elegidos por el Comité de Ministros para un mandato de duración de seis años, pudiendo ser renovado una vez.

La Parte V, arts. 30 a 38, incluye, entre otros aspectos, la suspensión de las obligaciones de los Estados en caso de guerra o peligro público, restricciones o limitaciones de su aplicación necesarias en una sociedad democrática «[...] *para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres*» (art. 31), sus relaciones con el derecho interno, su aplicación de por los convenios colectivos (art. 33), el ámbito territorial y la presentación de enmiendas (art. 36) o su denuncia (art. 37).

Finalmente, el Anexo realiza aclaraciones en cuanto a dudas interpretativas que puedan surgir en la puesta en práctica.

España la ratificó en su totalidad por Instrumento de 29 de abril de 1980 (BOE de 26 de junio), estando, en consecuencia, vinculada por las



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

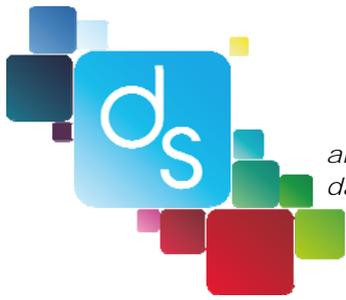
garantías y derechos reconocidos y las interpretaciones que realice el CEDS, que han de calificarse como jurisprudencia.

Posteriormente fue modificada con la aprobación de tres Protocolos, siendo el primero de 5 de mayo de 1988 (Protocolo Adicional), que añade cuatro derechos, el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo (art. 1), el derecho a la información y consulta dentro de la empresa (art. 2), el derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral (art. 3) y, por último, el derecho a la protección social de las personas ancianas (art. 4).

Fue firmado por España el 5 de mayo de 1998 y ratificado en su totalidad el 24 de enero de 2000 (BOE de 25 de abril). Previamente el 25 de febrero de 1999 (Expediente 348/1999), el Consejo de Estado, órgano supremo de consulta, había dictaminado que esta norma «[...] *no sólo no plantea problemas de aplicación en España sino que concuerda en buena medida con las previsiones y objetivos del Derecho interno, de modo que su ratificación no implicará la necesidad de modificar la legislación vigente*».

El segundo es de 21 de octubre de 1991 (Protocolo de Enmienda), que modifica algunos artículos con la finalidad de mejorar la aplicación y su mecanismo de control. Al igual que el anterior, fue ratificado el 24 de enero de 2000 (BOE de 25 de abril).

Finalmente, el tercer Protocolo de 9 de noviembre de 1995, adiciona a la un importante procedimiento de reclamaciones colectivas con el objetivo de «[...] *mejorar la aplicación efectiva de los derechos sociales garantizados por la Carta*», reforzando «[...] *la participación de los empresarios y trabajadores, así como de las organizaciones no gubernamentales*». España no ha firmado ni ratificado este Protocolo.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

La necesidad de ordenar este panorama hizo que se aprobara el 3 de mayo de 1996 la CSE revisada. Su estructura es similar a la anterior, teniendo ahora la Parte I treinta y un puntos de carácter programático, la Parte II consta de los correspondientes treinta y un artículos vinculantes, que son los diecinueve de la CSE anterior, habiéndose mejorado la redacción de algunos de ellos, los cuatro nuevos derechos del Protocolo de 1988 (arts. 20 a 23) y añade como nuevos, el derecho a la protección en caso de despido (art. 24), el derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador (art. 25), el derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26), el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades (art. 27), el derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder (art. 28), el derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29), el derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30) y el derecho a la vivienda (art. 31).

España la firmó el 23 de octubre de 2000 aunque está pendiente su ratificación, siendo un aspecto muy criticable pues actualmente 33 países la han suscrito, reflejando, con ello, que estamos entre los menos avanzados situándose a la cola de los que sí lo han hecho, entre otros, países como Albania, Armenia, Azerbaiyán, Turquía, Macedonia, Montenegro, Rusia..., en algunos casos, con una trayectoria democrática mucho menos consolidada que la nuestra.

A esa carencia de justificación se une que el Consejo de Estado dictaminó el 11 de mayo de 2000 (expediente n.º 1740/2000), en relación con la misma, que, «[...] *en principio no plantea problemas de aplicación en nuestro país, ya que concuerda con nuestro derecho interno, por lo que su ratificación no*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

implicaría la necesidad de modificar nuestra legislación», estando «[...] ante un tratado internacional que incide sobre derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución (artículos 14, 35, 37, 40 y 50) y que recae sobre materias reguladas por Ley en el ordenamiento español [...], [estimándose] comprendido en los párrafos c) y e) del artículo 94.1 de la Constitución, con el consiguiente requerimiento de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a su conclusión».

b) El sistema de control de Informes: Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales XX-2 (2013)

Una vez se ha desarrollado la normativa que vincula a España, con sus principales características, el mecanismo supranacional de vigilancia de su cumplimiento aplicable es el sistema de informes, regulado en la CSE y en el Reglamento del CEDS de 29 de marzo de 2004.

El procedimiento de control se instauró conjuntamente con la aprobación del Tratado, caracterizado por ser obligatorio para todos los Estados que la han ratificado. Regulado en la Parte IV del Tratado (arts. 25 a 29), en su desarrollo, intervienen tres organismos, el CEDS, el Comité Gubernamental y el Comité de Ministros.

El primero es el máximo órgano encargado de la interpretación, defensa y control en cuanto a la normativa y práctica de los Estados, que, sin tener formalmente carácter jurisdiccional, emite Conclusiones y Decisiones de fondo de carácter vinculante. Está compuesto por 15 expertos independientes, de máxima integridad y competencia reconocida en cuestiones sociales internacionales, elegidos por el Comité de Ministros, para un mandato de seis años, renovable una vez (art. 25 CSE).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Las Partes contratantes le remiten cada año un Informe en el que explican cómo están observando la CSE en su país al aprobar la normativa o ejecutar una práctica. El contenido no versa sobre la totalidad de los preceptos sino sobre el grupo temático correspondiente a ese año, habiendo organizado cuatro, el Grupo 1 sobre empleo, formación e igualdad de oportunidades (arts. 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 y 25), el Grupo 2 sobre salud, seguridad social y protección social (arts. 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30), el Grupo 3 sobre derechos relacionados con el trabajo (arts. 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 y 29) y el Grupo 4 sobre niños, familia y migrantes (arts. 7, 8, 16, 17, 19, 27 y 31), con lo que cada parte es analizada cada cuatro años.

Los Estados están obligados a enviar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de ámbito nacional copia de estos informes, pudiendo éstas, a su vez, presentar observaciones a los mismos (art. 23), calificándose de muy importantes pues suministran información adicional al organismo que puede haber omitido el país, de forma interesada, al presentar el Informe.

Toda la documentación aportada pasa a ser examinada, durante el año siguiente, por el CEDS, que finalmente dicta una Conclusión en la que decide la conformidad o no del país a la CSE originaria y al Protocolo de 1988 o a la CSE revisada, imponiendo, en el segundo caso, a los Estados Parte la adopción de medidas de mejora o corrección.

Una vez se han hecho públicas las Conclusiones, se transmiten al Comité Gubernamental, órgano compuesto por un representante de los gobiernos de cada una de las Partes Contratantes, que supervisará el cumplimiento de las Conclusiones. Este trámite se desarrolla invitando, como máximo, «[...] a dos organizaciones internacionales de empleadores y a dos organizaciones internacionales de trabajadores, para que envíen observado-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

res a título consultivo a sus reuniones [...]» y convoca «[...] para consulta a representantes de organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que tengan especial competencia en las materias reguladas [...]» (art. 27.2).

A continuación, «[...] preparará las decisiones del Comité de Ministros», seleccionando de manera motivada «[...] sobre la base de consideraciones de política social, económica y de otra índole, aquellas situaciones que, a su juicio, deberían ser objeto de recomendaciones dirigidas a las Partes Contratantes interesadas [...]» (Brillat 2004, 21), presentando finalmente un informe (art. 27.3).

Por último, interviene el Comité de Ministros, órgano decisorio del Consejo de Europa, compuesto por los ministros de Exteriores de todos los Estados miembros o sus representantes permanentes en Estrasburgo. Su función principal es la de vigilar, junto con la Asamblea Parlamentaria, que se apliquen los valores para los que se fundó el Consejo de Europa, supervisando el cumplimiento de los compromisos aceptados por los Estados miembros.

Con base en el informe elaborado por el Comité Gubernamental, el Comité de Ministros puede emitir, por una mayoría de dos tercios de los miembros, una Recomendación solicitando que modifique y adapte su normativa a los dictados del Convenio (art. 29). Debe quedar clara, y así ha precisado en alguna ocasión el CEDS, que «[...] la apreciación jurídica de la conformidad o no de la situación con la Carta corresponde únicamente al Comité Europeo de Derechos Sociales [...]; el Comité de Ministros no ostenta la facultad de poner en entredicho la apreciación jurídica del Comité [...], sino so-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

lamente la de emitir o no una Recomendación al respecto dirigida al Estado afectado»²⁷.

A finales de 2013 el CEDS elaboró las Conclusiones correspondientes al Informe nº 25 presentado por España, con referencia a las normas aprobadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2011, en el que se analiza la conformidad de la normativa y práctica nacionales respecto al Grupo temático 2 relativo a la salud, seguridad social y protección social.

Con la compleja realidad descrita al inicio de este estudio, el CEDS al emitir las conclusiones correspondientes al año 2013, se ha pronunciado sobre la conformidad a la CSE de la normativa estatal que excluye a los inmigrantes irregulares de la asistencia sanitaria. La relevancia se constata en la trascendencia pública que ha tenido ésta en concreto.

El primer aspecto que se ha de aclarar es que, atendiendo a lo relatado, la normativa que ha sido objeto de examen es la que va desde el año 2008 al 2011, pero se ha valorado también el RDL 16/2012 porque fue el propio Gobierno español el que lo incluyó en el informe, con la finalidad de completarlo y mostrar que es una de las normas adoptadas que pretenden eliminar las causas que dan lugar a una prestación sanitaria deficiente, haciendo efectiva la igualdad de tratamiento entre los ciudadanos

²⁷ Reclamación nº 16/2003 (*Confederación francesa de directivos-Confederación general de ejecutivos contra Francia*, decisión de fondo de 12 de octubre de 2004). Se añade que «[...] el Comité de Ministros, cuando decida hacer uso de esta facultad, puede ciertamente tener en cuenta consideraciones de orden económico y social en la motivación de la eventual recomendación, pero no puede poner en tela de juicio la apreciación jurídica».



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

comunitarios y los nacionales, con referencia a las prestaciones que se derivan de la acción de protectora de la seguridad social.

Esa peculiaridad de carácter temporal ha supuesto que sea valorada, tal y como a continuación se explicará, pero no lleve aparejada la emisión de una conclusión, aplazándose hasta el siguiente pronunciamiento que verse sobre esos preceptos en el arco temporal que incluya el año en que se aprobó.

Teniendo en cuenta este aspecto, el CEDS, una vez estudiada la norma, es tajante al señalar que la exclusión de la asistencia sanitaria de los extranjeros que no residan legalmente es contraria al apartado primero del art. 11.1 de la CSE, pues la suscripción de este precepto compromete al estado «[...] *a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines, eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente*».

Fundamenta esta valoración en jurisprudencia que ya había pronunciado con anterioridad, en la que interpreta «[...] *que los estados deben garantizar a toda persona el derecho de acceso a la asistencia sanitaria y que el sistema de salud debe ser accesible a toda la población*», debido a que «*la atención sanitaria constituye condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana y que la dignidad humana representa un valor fundamental que se sitúa en el núcleo del derecho europeo positivo en materia de derechos humanos –ya se trate de la Carta Social Europea o del Convenio Europeo de Derechos Humanos*» [decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004 (Reclamación nº 14/2003), decisión de fondo de 23 de octubre de 2012 (Reclamación nº 69/2011)] o, en términos similares, que «*los Estados partes en la Carta tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con re-*



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

specto a los migrantes, se encuentren o no en situación irregular» [decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012 (Reclamación nº 67/2011)].

Todas ellas materializan el criterio recogido en la observación interpretativa a las Conclusiones del año 2004, en la que estipula que «[...] los Estados partes en la Carta (tanto en su versión de 1961 como en su versión revisada de 1996) han garantizado a extranjeros no cubiertos por la Carta derechos idénticos a los que enuncia la Carta o que son indisociables de ella ya sea por la ratificación de tratados en materia de derechos humanos – en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos – ya sea por la adopción de normas de derecho interno, constitucionales legislativas u otras que no establecen distinción entre las personas expresamente mencionadas en el anexo y los demás extranjeros [...]».

Por lo tanto, el pronunciamiento no debe de sorprender (Lema Tomé 2013, 103-104), pues no deja lugar a dudas que la aplicación de la normativa europea impide la exclusión de la atención sanitaria a cualquier persona, al ir indisolublemente unida a un derecho humano básico como la dignidad de la persona.

A los argumentos anteriores, se reafirma en la inadmisibilidad de los argumentos utilizados por los países en cuanto a la crisis económica que están sufriendo como justificación de las medidas que adopten, pues se ha dictado jurisprudencia que señala su inadmisibilidad. Estos, al ratificar la CSE, «han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, y el derecho a los servicios sociales».

Por ello, la crisis no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta, debiendo los gobiernos «[...] adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efec-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

tivamente garantizados en el momento en el que la necesidad de protección se hace sentir más» [Conclusiones XIX-2 (2009)] y realizar «estudios e investigaciones en orden a la posibilidad de adoptar otras medidas así como salvaguardar, en todo momento, una protección suficiente respecto de las personas más vulnerables de la sociedad [...]» [decisiones de fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamaciones nº 65 y 66 de 2011) y 7 de diciembre de 2012 (Reclamaciones nº 76 a 80 de 2012)].

Aplicando la normativa y la interpretación vinculante apuntada, concluye el CEDS, en relación con el RDL 16/2012, que «la crisis económica no puede ser el pretexto para una restricción o privación del derecho de acceso a la atención sanitaria que afecte a la sustancia o esencia de tal derecho», vulnerando el art. 11.1 de la CSE la exclusión de la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular.

La ejecución de esas conclusiones ha sido tramitada por el Comité de Ministros con la Resolución adoptada el 18 de febrero de 2015 en la reunión 1220e (CM/ResChS (2015)2)²⁸, recomendando a los Estados que las tengan en cuenta.

Para finalizar este apartado, quiero realizar una breve referencia al Informe emitido por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa tras la visita realizada a nuestro país del 3 al 7 de junio de 2013, en el que critica la reforma legislativa realizada. En el análisis publicado el 7 de agosto de 2014, *Maintenir l'accès universel aux soins de santé*²⁹ con referencia a todos los países del Consejo de Europa, denuncia

²⁸ <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2292173&Site=CM> (consultado el 1 julio 2015).

²⁹ Pueden consultarse en <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlob->



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

expresamente los efectos de las medidas de austeridad en los servicios de salud en España y en el principio de acceso universal y gratuito, remitiéndose a las Conclusiones, y señalando la obligación de todos los Gobiernos de mantener unos niveles mínimos de protección sanitaria y social de los que toda persona pueda beneficiarse en cualquier circunstancia.

3.2.2. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y Observaciones finales a los Estados (2012)

Además de la notificación anterior del Consejo de Europa, España recibió también la correspondiente por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, derivada del control que realiza del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1996, firmado el 28 de septiembre de 1976 y ratificado el 27 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril).

De conformidad con lo dispuesto en el art. 16 del PIDESC, se presentó el correspondiente informe periódico al organismo que, una vez tuvo conocimiento de la exclusión de la asistencia sanitaria del colectivo de

[Get&IntranetImage=2356738&SecMode=1&DocId=2056532&Usage=2](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2222107&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE) y <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2222107&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackColorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE>. Véase también la Resolución de la Asamblea Parlamentaria 1946 (2013), 24e séance, 26 de junio de 2013, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=19991&lang=fr> (consultado el 19 mayo 2014).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

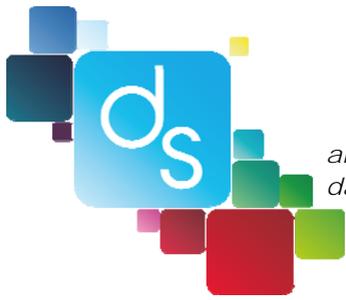
inmigrantes en situación irregular, al emitir las Observaciones finales el 6 de junio de 2012³⁰, manifestó su preocupación por las modificaciones introducidas que recortan los derechos de acceso de los inmigrantes en situación irregular a los servicios públicos de salud, recomendando que «[...] las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal [...]», de conformidad con la Observación general N.º 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias.

Esta referencia se ha ido complementando, posteriormente y en reiteradas ocasiones, por los informes emitidos por representantes de la ONU. Así, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, en una carta enviada, junto con otros expertos en derechos humanos del mismo organismo, a las autoridades españolas, le advierten que «[...] los cambios adoptados [...] en 2012, que reducen el acceso al sistema de salud pública, no cumplen con las obligaciones de derechos humanos del país [...]».

En términos similares, el Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, sobre su visita a España (6 de junio de 2013³¹) lamentó «[...] profundamente las enmiendas introducidas por el Real Decreto-ley

³⁰ 48º período de sesiones. 30 de abril a 18 de mayo de 2012. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto (E/C.12/ESP/CO/5).

³¹ La visita se realizó del 21 al 28 de enero de 2013. Consejo de Derechos Humanos, 23º período de sesiones. Tema 9 de la agenda.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

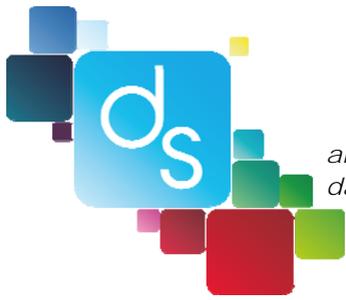
Saggi

nº 16/2012, que restringe el derecho de los inmigrantes indocumentados a acceder a los servicios públicos de salud, derecho estipulado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por España, como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Recomienda que se revisen las reformas sanitarias adoptadas en el marco de la crisis económica actual para garantizar que los inmigrantes tengan acceso a los servicios de atención médica sea cual sea su situación migratoria. Recuerda la Recomendación general Nº 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre la discriminación contra los no ciudadanos (2004), que exhorta a los Estados partes a que respeten el derecho de los no ciudadanos a un grado adecuado de salud física y mental, entre otras cosas absteniéndose de negar o limitar su acceso a los servicios de salud preventiva, curativa y paliativa; y examinen y revisen la legislación, según proceda, a fin de garantizar que cumpla plenamente la Convención».

Recientemente, remitiéndose a las conclusiones del CEDS, estos representantes han añadido que «[...] el parecer de los órganos de expertos internacionales ha sido unánime y el Gobierno español no debe ignorarlo [...]»³².

En respuesta a estas comunicaciones, los responsables gubernamentales han argumentado, entre otros aspectos, la necesidad de reducir costes, las presiones fiscales recibidas así como la no existencia de discriminación, puesto que la medida establecida trata de la legalidad de residencia en el país y no el origen racial.

³² Ginebra, 29 de abril de 2014.
www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14545&LangID=S
(consultado el 14 julio 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

La inconsistencia de los esos motivos han llevado a advertir, de nuevo por esos mismos altos representantes, que reformas como la adoptada suponen en realidad mayor costo al sobrecargar los servicios de urgencia (Díaz Pérez 2015, 97), el riesgo que se pone a la salud pública, la carencia de efectividad de la medida y su enorme coste humano, indicándole la necesidad de que «[...] cambie de rumbo [...]», requiriéndole para que garantice el acceso universal a la salud y recalcándole que «[...] tiene obligaciones positivas en materia de acceso a la atención sanitaria, incluidas obligaciones para con los migrantes, independientemente de su situación jurídica».

Por último, se debe recordar que España, fue el primer país europeo que ratificó el Protocolo Facultativo del PIDESC 10 de diciembre de 2008³³, que entró en vigor el 5 de mayo de 2013, transcurridos tres meses desde que se produjo la décima ratificación (art. 18.2). Aprobado con el objetivo de mejorar el sistema de aplicación y control del cumplimiento por los Estados parte del PIDESC, ha atribuido también la competencia al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para conocer comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que «aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto».

Si ese compromiso es cierto, debería haber suprimido la exclusión de los inmigrantes de la asistencia sanitaria gratuita desde el momento que se le informó, teniendo las personas que se han visto obligadas a suscribir el convenio o que no tienen ninguna cobertura por falta de ingresos,

³³ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008 (BOE de 25 de febrero de 2013).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

la posibilidad de recurrir directamente al Comité, tras el agotamiento de las vías internas, el reconocimiento de su derecho a través de ese procedimiento.

4. Efectividad del reconocimiento internacional de los derechos: aplicación del control de convencionalidad en sede judicial

Una vez que el Gobierno es consciente, tras las comunicaciones recibidas, de que está violando la CSE y el PIDESC, entre otros tratados internacionales, las actuaciones a realizar deberían haber ido dirigidas a inaplicar, modificar o derogar la normativa y a retirar los recursos contra las comunidades autónomas que han adoptado normas para cubrir la situación de desprotección del colectivo de los inmigrantes en situación irregular. La ratificación de esos tratados conlleva la necesidad de observar los compromisos que se han adquirido, como estándar común mínimo entre los Estados, que no afecta «[...] a las disposiciones de Derecho interno ni a las de los Tratados, Convenios o Acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se concediere un trato más favorable a las personas protegidas» (art. 32 de la CSE), pero que sí lo hace de las que estén vigentes o se aprueben y otorguen una protección inferior.

En esta obligación de respeto se incluye la interpretación que realicen los órganos encargados de velar por su cumplimiento, que puede denominarse jurisprudencia. A estas alturas, el debate en cuanto a esta caracterización debería estar superado, ya que limitar ese concepto exclusivamente a la que emana de órganos y resoluciones que tienen la de-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

nominación de “tribunal” y de “sentencias” supone desconocer la realidad de lo que es ese término, de manera que, como acertadamente ha señalado la doctrina, el término *juris-dictio* se concibe como «*decir el Derecho*», es decir «[...] *la interpretación última o final realizada por los órganos que están habilitados para ejercer esa función* [...]», siendo la denominación como Tribunal un aspecto relevante a efectos de «[...] *ponderar la ejecución* [...] *pero carente de relevancia si se pone el punto de mira propiamente en la jurisprudencia elaborada* [...]» por instancias que no la tienen (Jimena Quesada 2009, 502-506; Akandji-Kombé, 2012, 12).

Los fundamentos legales se encuentran en esa regulación supranacional, concretada por las referencias de la normativa interna. Así, España ratificó el 2 de mayo de 1972 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, en la que se determina, entre otros aspectos, que «[...] *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*» (Parte III.27). Este compromiso se encuentra materializado en la propia Constitución Española, al ser los arts. 10.2 y 96 claros en este sentido, reconociéndose expresamente que forman parte del ordenamiento interno, una vez publicados oficialmente, los Tratados internacionales válidamente celebrados, así como la necesidad de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Carta Magna reconoce «[...] *de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*».

Estos preceptos han sido recientemente desarrollados en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, *de Tratados y otros acuerdos internacionales*, que, los concreta y desarrolla con referencias en las que la aplicabilidad



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

directa de la normativa internacional está fuera de toda duda, como el art. 30 relativo a la observancia («*Todos los poderes, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte. El Gobierno velará por el adecuado cumplimiento de dichos tratados*») y el art. 31, sobre prevalencia de los Tratados («*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional*»).

Con carácter general, los pronunciamientos de los órganos judiciales son reticentes a aplicar esta básica regla, sobre todo con referencia a derecho internacional procedente de organizaciones internacionales distintas de la Unión Europea como consecuencia del desconocimiento fundamentalmente de la jurisprudencia de los órganos que controlan el cumplimiento. Ahora bien, desde el inicio de la crisis económica afortunadamente se ha evolucionado en este sentido, y cada vez son más los que han aplicado ese control de convencionalidad y claramente han considerado que están vinculados por el Tratado y por las resoluciones de instancias de garantía. En este sentido puede verse, a modo de ejemplo, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 8 de marzo de 2011, Rec. 2256/2008, y de 12 de noviembre de 2012, Rec. 494/2009, en el que la primera de ellas señala expresamente en el fundamento jurídico cuarto que:

[...] resulta pertinente traer a colación la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales [que] (...) en la importante decisión de fondo de 30 de marzo de



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

2009, de resolución de la Reclamación n.º 45/2007 (Interights contra Croacia) declaró por unanimidad que había habido violación del artículo 11 de la Carta Social (derecho a la educación en materia de salud sexual y reproductiva), tanto de manera autónoma como en combinación con la cláusula de no discriminación, especialmente por cuanto algunos elementos incluidos en los libros de texto escolares recogían manifestaciones homófobas [...]

y la segunda en el fundamento jurídico tercero que:

[...] la Sala considera que no se ha vulnerado el derecho de libertad sindical de la organización recurrente, en su concreto contenido del derecho a la negociación colectiva, en el sentido exigido por la jurisprudencia constitucional [...] o por la jurisprudencia europea (entre otras, decisión de 12 de septiembre de 2012 del Comité Europeo de Derechos Sociales, de resolución de la Reclamación n.º 73/2011, Sindicato de Defensa de Funcionarios contra Francia).

Recientemente, la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 31 de Barcelona de 8 de junio de 2015 (procedimiento 463/2013) es categórica en el fundamento jurídico tercero afirmando que las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales son «[...] auténtica jurisprudencia [...] y las mismas son vinculantes para los estados partes».

En los tribunales españoles todavía no se ha planteado el supuesto de un inmigrante en situación irregular que haya reclamado su derecho a la asistencia sanitaria con base en la normativa internacional. Ahora bien, sorprendentemente los supuestos que han llegado a los tribunales se han centrado fundamentalmente en dos supuestos.

Por un lado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha estado realizando una interpretación extensiva de la exclusión analizada, dene-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

gando ese derecho a los inmigrantes que tienen la residencia por su condición de familiar reagrupado, interpretación que ha sido anulada al considerar que mientras tenga validez la tarjeta residencia familiar se tiene derecho a la correspondiente cobertura sanitaria [sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2014, Rec. 1981/2013, Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 10 de abril de 2014, Rec. 231/2014 y de Cataluña, Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 2014, Rec. 5407/2014].

Y, por otro lado, se ha pretendido denegar el derecho a la asistencia sanitaria que le fue otorgada por el mismo organismo con fundamento en que la residencia legal que se obtuvo en su momento se concedió incumpliendo alguno de los requisitos legales. Los tribunales han resuelto que no se pueden «[...] *dejar de inaplicar las consecuencias legales del reconocimiento [del derecho a la residencia] de forma unilateral por entender que la concesión de la residencia en su día [...] por la autoridad competente para ello se incumplía uno de los requisitos para su concesión [...]*» [sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 10 de abril de 2014, Rec. 231/2014 y 8 de mayo de 2014, Rec. 258/2014].

Como se ha señalado, por el momento, no se han realizado cambios de esa normativa ni retirado los recursos que presentó el Gobierno, aunque se ha de apuntar que teóricamente sí se vislumbran tras las manifestaciones realizadas por el Ministro de Sanidad a finales de marzo de 2015 en las que declaró que volverán a tener asistencia sanitaria. Ahora bien, han transcurrido varios meses y la modificación sigue sin producirse.

Mientras se mantenga esta situación, las posibilidades de actuación deben ir encaminadas, a que las medidas sean desatendidas por las co-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

munidades autónomas, como así están algunas realizando, en el ámbito de sus competencias, inaplicadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, ejerciendo el control de convencionalidad, y anuladas por el Tribunal Constitucional, mostrando con ello los poderes públicos nacionales «no un acto de rebeldía sino sencillamente un acto de responsabilidad y de coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España» (Jimena Quesada 2013, 456).

Con ello, además de argumentar las resoluciones judiciales que se produzcan en torno a la materia, se ampara a los 2338 profesionales del sector de la medicina que se han declarado objetores de conciencia³⁴ ante posibles sanciones.

5. Reflexiones finales

Concluyo este estudio realizando unas reflexiones que pretenden dejar patente la necesidad de valorar el derecho internacional como un instrumento fundamental que garantiza derechos básicos y condiciones de trabajo adecuadas, que no se pueden obviar en un Estado social y democrático de Derecho, debiendo ser tutelados en cualquier momento y mantenerse ajenos a las cíclicas situaciones de crisis económica.

³⁴ Dato extraído de <http://objecion.semfyces/>. Esta actuación se encuadra dentro de la campaña «Derecho a curar» que la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (SEMFYC) inició en julio de 2013 el pasado 10 de julio de 2013 (<http://www.medicosdelmundo.es/derechoacurar/>), enlaces consultados el 12 julio 2015.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Han de permanecer en el tiempo unos niveles de protección mínimos, que pueden ser diferentes entre las distintas organizaciones nacionales y supranacionales, pero, en todo caso, complementarios, es decir, los conflictos entre normas internas e internacionales, o, entre estas últimas y el derecho comunitario, deben ser analizados no como una amenaza sino como un enriquecimiento mutuo o sinergia, compatible con su vigencia simultánea, solventándolos aplicando la interpretación que sea más favorable.

Así lo determinan las cláusulas de estándar mínimo (Jimena Quesada 2011, 309) establecidas en los arts. 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos («*Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte*»), 32 de la CSE – H de la versión revisada («*Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas*») y en el art. 53 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea («*Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros*»).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Resulta inadmisibile que en estos momentos España sea un país que viola derechos humanos con la exclusión de los extranjeros irregulares de la atención sanitaria, siendo fundamental la labor de los órganos judiciales nacionales, aplicando directamente el derecho internacional que expresamente ha condenado la medida, los que los garanticen y evidencien, con ello, su efectividad.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Bibliografía

Aguado i Cudolà, V. y Prado 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*, in *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 99-100, pp. 87-110.

Akandji-Kombé, J.F. (2006), *Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década*, in *Revista de Derecho Político*, 67, pp. 387-407.

Akandji-Kombé, J.F. (2012), *De l'invocabilité des sources européennes et internationales devant le juge interne*, in *Droit Social*, 11-12, pp. 1-20.

Aprell Lasagabaster, C. (2013), *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto-Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 32, pp. 1-6.

Belorgey, J.M (2007), *La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales*, in *Revista de Derecho Político*, 70, 347-377.

Brillat, R. (2004), *La actividad pre-convencional y para-convencional del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales*, in AA.VV. (Coord. Jimena Quesada, L.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 17-33.

-Carmona Contreras, A.M. (2013), *El Decreto-ley en tiempos de crisis*, in *Revista catalana de Dret públic*, 47, pp. 1 a 20



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

(<http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-20.8030.01.9>, consultado el 20 abril 2015).

Díaz Pérez, C. (2015), *Desigualdades en el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria*, in *Derecho y Salud*, 1 (25), pp. 61 a 106.

Gómez Urquijo, L. (2012), *El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza dentro del nuevo marco condicional de cohesión en la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 42, pp. 521-541.

Jimena Quesada, L. (2004), *La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España*, in AA.VV. (Coord. Jimena Quesada, L.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 137-190.

Jimena Quesada, L. (2007), *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Jimena Quesada, L. (2009), *La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional*, in AA.VV. (coord. Revenga Sánchez, M.), *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Jimena Quesada, L. (2011), "La jurisprudencia europea sobre derechos sociales", in AA.VV. (coord. Von Bogdandy, A. et altri), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, serie doctrina jurídica, 615, pp. 281-311, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/13.pdf> (consultado el 20 abril 2015).



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Jimena Quesada, L. (2013), *Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2013*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 22, pp. 449-480.

Jimena Quesada, L. y Tomás Mallén, B. (2007), *Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales*, in *Revista de Derecho Político*, 68, pp. 337-362.

Lema Tomé, M (2013), *La reforma sanitaria en España: especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular*, in *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 5, pp. 95-115.

Palomar Olmeda, A. y Vázquez Garranzo, J. (2013), *El derecho a la asistencia sanitaria: un camino de ida y vuelta*, in *Actualidad del Derecho sanitario*, 200, pp. 29-40.

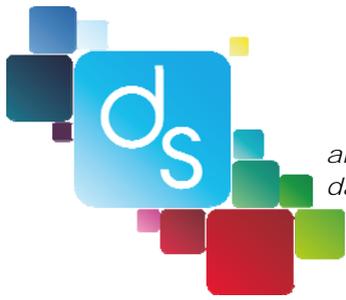
Prieto Suárez, R. (2008), *La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, pp. 355-365.

Rovira Viñas, A. (2007), *Los defensores del pueblo y la Convención de Prüm*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 7, pp. 207-233.

Royo-Bordonada, M.A, Díez-Cornell, M. y Llorente, J.M (2013), *Acceso de los inmigrantes a la asistencia sanitaria en España en tiempos de crisis*, in http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.conts/mem.detalle_cn/reلمenu.111/id.3232 (consultado el 12 julio 2015), pp. 1-5.

Sobrino Guijarro, I. (2013), *Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España*, in *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, 2. Pág. 127-158.

Terrádez Salom, D. (2015), *Las defensorías del pueblo españolas frente a la Carta Social Europea*, in *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, 2 (5), pp. 329-354.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Torres Muro, I. (2010), *Los recursos del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional: Una revisión*, in *Teoría y realidad constitucional*, 26, pp. 95-125.

Vrenna, M. (2012), *El derecho a la protección de la salud de los extranjeros en situación irregular: notas sobre la reciente jurisprudencia italiana*, in *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 30, pp. 223 a 229.



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

Abstract

Irregular Migrants and the Right to Receive Health Care Services: Effectiveness of International Guarantees in Judicial Organs

One of the reforms of the Spanish Government that has received more criticism since the economic crisis began has been the one enforced by Royal Decree-Law 16/2012, dated 20 April, on urgent measures to ensure the sustainability of the National Health System and improve the quality and safety of its services. He proceeded to modify the requirements for compulsory insurance coverage, requiring as a condition sine qua non to enjoy 'insured status' to have legal residency.

Responses were immediate, among others, appeals on the unconstitutionality of such measure, the right of conscientious objection of many health professionals as well as the approval of the autonomous communities of legislation providing such protection, which, in turn, has also been contested by the Government. While the resolution of this conflict is still pending at the constitutional level, international organizations have already acted in this sense, being categorical in the issued resolutions condemning Spain for breach of its international obligations.

The central government announced, months prior to the elections, that it would modify this regulation, but, for now, no amend has been materialized. While this situation continues, the law allows courts, under the control of compliance with international law reflected in the arts. 10 and 96 of the Spanish Constitution, developed by Law 25/2014, of 27 November, Treaties and Other International Agreements, to protect pos-



anno V, n. 3, 2015

data di pubblicazione: 22 ottobre 2015

Saggi

sible claims and/or interpretations of the treaties contrary to its original aims and to protect the medical staff against possible sanctions. Thus, the importance of knowledge of international law and its direct invocation as an instrument of effectiveness and enforceability of the rights recognized is rightly evidenced by this situation.

Keywords: Health care, irregular immigrants, international conventions, case law, conventionality control.