



**HAL**  
open science

# El defensor del pueblo español ante el RDL 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud: valoraciones y críticas

Carmen Salcedo Beltrán

## ► To cite this version:

Carmen Salcedo Beltrán. El defensor del pueblo español ante el RDL 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud: valoraciones y críticas. *Miroirs : Revue des civilisations anglophone, ibérique et ibéro-américaine*, 2016, 3, pp.86-109. hal-03636711

**HAL Id: hal-03636711**

**<https://hal.science/hal-03636711>**

Submitted on 13 Apr 2022

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## El defensor del pueblo español ante el RDL 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud: valoraciones y críticas

M<sup>a</sup> Carmen Salcedo Beltrán<sup>1</sup>.  
Universitat de València

### Resumen

Una de las reformas del Gobierno que más críticas ha recibido en los últimos años ha sido la realizada por el RDL 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.

Realiza una serie de modificaciones, centrándome en el estudio que se presenta en la efectuada en cuanto a los requisitos necesarios para tener la condición de asegurado y, en consecuencia, tener el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

El Gobierno procedió a modificar los requisitos de la condición de asegurado, exigiendo a partir de su entrada en vigor como elemento imprescindible para tener derecho a la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud la residencia legal excluyendo de su ámbito de aplicación, por consiguiente, a los extranjeros que se encuentren en situación irregular.

Toda una serie de organizaciones recurrieron al defensor del pueblo para que interpusiera un recurso de inconstitucionalidad, aspecto que no fue atendido. Esa postura fue muy criticada, por vulnerar los Tratados Internacionales, siendo España condenada por violación del art. 11 de la Carta Social Europea en enero de 2014 por el Comité Europeo de Derechos Sociales (Conclusiones XX-2 (2013)) quedando en entredicho la figura del defensor del pueblo al adoptar una actitud pasiva ante la violación de un derecho humano (derecho a la dignidad).

<sup>1</sup> Prof. Titular de Universidad del Departamento Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universitat de València. *Membre du Réseau Académique sur La Charte Sociale Européenne et les Droits Sociaux*. Correo electrónico : [carmen.salcedo@uv.es](mailto:carmen.salcedo@uv.es). Telf: 961625250.

### Palabras clave

Defensor del pueblo, atención sanitaria, inmigrante irregular, Carta Social Europea, jurisprudencia, procedimiento de Informes, Comité Europeo de Derechos Sociales.

### Abstract

One of the reforms of the Government that has received more criticism in recent years has been done by Royal Legislative Decree 16/2012 of 20 April on urgent measures to guarantee the sustainability of the national health system and to improve the quality and security of care.

It performs several amendments, focusing on the study that it is presented regarding the requirements to have the status of insured person and beneficiary for publicly funded health care through the national health system.

The Government proceed to change the requirements the status of insured demanding since the entry into force, as an indispensable element to have the right to access to the health care of the national health system, the legal residence excluding, as a result, of his area of applicability by foreigners irregularly present in the country.

Several organizations turn to the Ombudsmen to bring an appeal at the Constitutional Court, request that was not handled. That position was widely criticized because it violates International Treaties, so Spain was sentenced for violation of Article 11 of the European Social Charter in January 2014 by the European Committee of Social Rights (Conclusions XX-2 (2013)), calling into question the figure of the Ombudsmen for not taking any action in presence of a human right violation.

### Key words

Ombudsmen, health care, foreigners irregular, European Social Charter, case law, reporting procedure, European Committee of Social Rights.

## 1. Introducción.

Una de las reformas del Gobierno que más críticas ha recibido en los últimos años ha sido la realizada por el RDL 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).

Se trata de una norma que, como señala su Exposición de Motivos, se aprueba con la finalidad de hacer frente a la situación de grave dificultad económica que actualmente presenta el Sistema Nacional de Salud. Realiza una serie de modificaciones, centrándome en el estudio que se presenta en la efectuada en cuanto a los requisitos necesarios para tener la condición de asegurado y, en consecuencia, tener el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

El Gobierno procedió a modificar los requisitos de la condición de asegurado, exigiendo, a partir de su entrada en vigor, como elemento imprescindible para tener derecho a la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud la residencia legal excluyendo de su ámbito de aplicación, por consiguiente, a los extranjeros que se encuentren en situación irregular, excepto en tres supuestos concretos (urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica, asistencia al embarazo, parto y postparto y los extranjeros menores de dieciocho años).

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

Toda una serie de organizaciones recurrieron al defensor del pueblo para que interpusiera un recurso de inconstitucionalidad, aspecto que no fue atendido. Esa postura fue muy criticada, y recientemente se ha demostrado que equivocada, pues en enero de 2014 el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha pronunciado en las Conclusiones XX-2 (2013) declarando que España debe retirar o modificar ese aspecto pues está vulnerando el derecho a la dignidad de la persona recogido en el art. 11 de la Carta Social Europea, Tratado internacional vinculante para España.

La figura del Defensor del Pueblo ha sido valorada negativamente pues era conocedor de que, con esa reforma de la normativa, se estaba violando un derecho humano adoptando una actitud totalmente pasiva y, a mi juicio, contraria a la finalidad para la que es constituido, que es la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución Española (art. 1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril), dedicándose el presente estudio al análisis de esta situación.

## 2. Asistencia sanitaria y extranjero en situación irregular: una reforma legislativa muy cuestionada.

Una de las reformas del Gobierno español que más críticas ha recibido en los últimos tiempos ha sido la realizada por el RDL 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<sup>2</sup>.

Se trata de una norma que, según señala su Exposición de motivos, se aprueba con la finalidad de hacer frente a la situación de grave dificultad económica que actualmente presenta el Sistema nacional de salud, aspecto en el que se incide reiteradamente con referencias como el “(...) *insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias* (...)”, la necesidad de adoptar por parte de los países de la UE 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 aprobación de reformas “(...) *que permitan reforzar la sostenibilidad, mejorar la eficiencia en la gestión, promover el aborro 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, centrándome en este estudio en 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, tener el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. Consciente el Gobierno español de lo controvertido que resulta abordar este aspecto, a los argumentos anteriores, añade que la modificación está fundamentada en los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, que revelan algunas situaciones en las que presta 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*”.

<sup>2</sup> Convalidado por Resolución de 17 de mayo de 2012 del Congreso de los Diputados.

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 social), pone de manifiesto la tergiversación que se realiza del mismo. El citado 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 recursos económicos suficientes*”, recomendando “(...) *gestionar de la manera más eficiente las capacidades del sistema, para (...) garantizar el mantenimiento del modelo español (...) configurado como el conjunto coordinado de los servicios de salud de la administración general de estado y los servicios de salud de las comunidades autónomas, 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, 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)<sup>3</sup>:

- 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.

<sup>3</sup> 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.

El RDL 16/2012, procedió a modificar 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 la 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 realizada 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 contenido 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, van referidas a la mejora de la gestión de la prestación, pero, en ningún momento, se dice que se excluya de la asistencia sanitaria a ese colectivo, siendo criticables las referencias que, en ocasiones, utiliza el Gobierno en cuanto al turismo sanitario para justificar la reforma realizada, cuando la situación de ese colectivo en nada puede ser equiparable.

La respuesta negativa a esa modificación fue inmediata y generalizada desde el momento que los extranjeros en situación irregular mayores de dieciocho años pasaban a estar excluidos de la asistencia sanitaria pública gratuita (APRELL LASABAGASTER, 2013), pasando a 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. 18.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (SOBRINO GUIJARRO, 2013). 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). Las dudas en cuanto a su constitucionalidad llevaron a que se presentaran varios recursos de inconstitucionalidad promovidos por los Gobiernos de Canarias, Cataluña y Navarra (n° 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 tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo (...)*” (art. 1)<sup>4</sup> 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).

4 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”.*

El Gobierno, en lugar de dejar que estas regiones presten los servicios a los colectivos que deseen, ha interpuesto contra esa normativa autonómica recursos de inconstitucionalidad (n° 4540-2012 y 7089-2013 respectivamente), con fundamento en el art. 161.2 de la CE, admitidos por el Pleno del Tribunal Constitucional, 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 (Pleno) 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.

### 3. El defensor del pueblo español ante el RDL 16/2012, de 20 de abril.

La actuación del defensor del pueblo respecto de esta reforma ha sido muy criticada, más si se tienen en cuenta documentos como el Informe de Médicos del Mundo emitido en septiembre de 2013<sup>5</sup>, 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 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*

5 Puede consultarse en <http://www.medicosdelmundo.org/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> (13/9/2014)

*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”.*

La figura del defensor del pueblo en España está legitimada para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra las normas en virtud de los arts. 162.1 a) de la Constitución Española (en adelante, 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 CE:

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”*).

Y, por otro lado, el art. 43 que reconoce el derecho a la protección de la salud (*“Se 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 la negativa a acceder a la solicitud en la Resolución emitida el 20 de julio de 2012, señalando que, a su juicio, no se produce esa inconstitucionalidad de la norma por lo siguiente:

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 el de cubrir a todos los españoles residentes en territorio nacional.

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.

En cuanto al derecho a la salud recogido en la Constitución, no concreta el contenido de las medidas que debe integrar la acción protectora, remitiendo al legislador la articulación del derecho mediante la regulación 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.

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 derecho a la asistencia sanitaria.

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 una serie de 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.º.- 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.º.- 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 UE y otros instrumentos que establecen obligaciones positivas.

Claramente se deduce que la Defensora del Pueblo es consciente 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 Constitución Española (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).

Estas recomendaciones no han sido atendidas por el Ministerio, y así lo ha puesto de manifiesto la Defensora del Pueblo en los Informes anuales que presenta esta institución<sup>6</sup>, 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 comunidades 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). 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, y por lo que se refiere al 2013, de 10.128 solicitudes, se denegaron 10.124, y 4 está en estudio<sup>7</sup>.

En este sentido, si la actuación del Defensor del pueblo español es absolutamente criticable, no se puede decir lo mismo de algunos Defensores del pueblo regionales, 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. 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 que pueda realizar una ONG, bien a través de la comparecencia directa de su personal con este cometido, bien mediante la expedición de un documento a estos solos efectos<sup>8</sup>.

Por lo que se refiere al Defensor del Pueblo del País Vasco-Ararteko, dado que en esta Comunidad Autónoma se ha decidido a prestar asistencia sanitaria a los

6 Defensor del Pueblo Informe Anual a las Cortes Generales 2013 [http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe\\_2013.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe_2013.pdf) (13/9/2014)

7 Datos extraídos de <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/index.html> (15/9/2014).

8 Puede consultarse en <http://www.defensordelpuebloandaluz.es/content/valdr%C3%A1-que-las-ong-acrediten-la-identidad-de-los-inmigrantes-para-su-atenci%C3%B3n-sanitaria> (14/9/2014).

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 todos<sup>9</sup>.

#### **4. La vulneración de los Tratados Internacionales.**

Como se ha apuntado, la reforma legislativa analizada vulneraba Tratados Internacionales y el Gobierno, así como el Defensor del Pueblo, eran conscientes de ellos. La condena internacional no tardó en llegar, pues en enero de 2014 el Comité Europeo de Derechos Sociales expresamente se lo comunicó a España utilizando el procedimiento de control de Informes, tal y como se analiza en las páginas siguientes.

##### **4.1. La Carta Social Europea de 1961 y el Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988.**

La Carta Social Europea (en adelante, CSE) es 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) o el “(...) *instrumento más emblemático del Derecho europeo de los sociales o, si se prefiere, Derecho social de los Derechos humanos*” (JIMENA QUESADA, 2004).

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, como se ha apuntado, su estudio es imprescindible ante la relevancia que tiene la jurisprudencia que está dictando el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante, CEDS) valorando las numerosas modificaciones legislativas que están adoptando los países comunitarios, que tienen su origen en los condicionantes que les exigen 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 (en adelante, CEDH), 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*

9 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 ([http://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%C3%B3n+derivada+del+empadronamiento+previo%2C+en+el+acceso+a+la+asistencia+sanitaria+a+las+personas+que+no+tienen+la+condici%C3%B3n+de+aseguradas+en+el+Sistema+Nacional+de+Salud](http://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%C3%B3n+derivada+del+empadronamiento+previo%2C+en+el+acceso+a+la+asistencia+sanitaria+a+las+personas+que+no+tienen+la+condici%C3%B3n+de+aseguradas+en+el+Sistema+Nacional+de+Salud)) (14/9/2014).

*se debían garantizar, su alcance y el mecanismo de control*” (PRIETO SUÁREZ, 2008)<sup>10</sup>, 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 (...) irremediablemente 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 internacional en un mundo cada vez más globalizado (...)*” (JIMENA QUESADA, 2007).

En cualquier caso, los dos textos son complementarios, no siendo posible establecer, como ha señalado la doctrina, una separación absoluta entre, por una 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

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.

Los dos Tratados 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 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, procedencia 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), a unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2), a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3), a una remuneración equitativa (art. 4), a promover la libertad sindical de los trabajadores y empleadores (art. 5), a la negociación colectiva (art. 6), a la protección de niños y adolescentes (art. 7), a la protección de las trabajadoras (art. 8), a la orientación y formación profesional (arts. 9 y 10), a la seguridad social (art. 12), a la asistencia social y médica (art. 13), a los beneficios de los servicios sociales (art. 14), a la formación profesional y readaptación profesional y social de las personas física o mentalmente disminuidas (art. 15) a la protección social, jurídica y económica de la familia, las madres y niños (arts. 16 y 17), al ejercicio de una actividad lucrativa en el territorio (art. 18) y, finalmente, a 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 aplicación de la CSE de 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), las relaciones de la CSE y el derecho interno, la aplicación de la CSE por los convenios colectivos (art. 33), el ámbito territorial de la misma, 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 de la CSE.

España ratificó en su totalidad esta CSE originaria por Instrumento de 29 de abril de 1980, estando, en consecuencia, vinculada por las garantías y derechos reconocidos y las interpretaciones que realice el CEDS, que ha 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).

Este Protocolo fue firmado por España el 5 de mayo de 1998 y ratificado en su totalidad el 24 de enero de 2000.

El segundo Protocolo es de 21 de octubre de 1991 (Protocolo de Enmienda), que modifica algunos artículos de la Carta Social Europea con la finalidad de mejorar la aplicación de la Carta y su mecanismo de control.

Finalmente, el tercer Protocolo de 9 de noviembre de 1995, adiciona a la Carta Social Europea 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. La necesidad de ordenar este panorama hizo que se aprobara el 3 de mayo de 1996 la Carta Social Europea revisada. Su estructura es similar a la de la CSE originaria, 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 firmó la CSE revisada 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 situándonos 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.

#### **4.2. El sistema de control de Informes.**

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

El procedimiento de control denominado de informes se instauró conjuntamente con la aprobación de la CSE, 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). Las Partes contratantes le remiten al CEDS 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 la CSE 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 de la CSE 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. A continuación, 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 observadores 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 (...)” por la CSE (art. 27.2).

Éste, “(...) preparará las decisiones del 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 solamente la de emitir o no una Recomendación al respecto dirigida al Estado afectado”<sup>11</sup>.

#### 4.3. Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales dirigidas a España: vulneración del art. 11 de la Carta Social Europea.

A finales de 2013 el CEDS ha elaborado las Conclusiones correspondientes al Informe n° 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 a la CSE de la normativa y práctica nacionales respecto al Grupo temático 2 relativo a la salud, seguridad social y protección social, que incluye los arts. 3 (derecho a la seguridad e higiene en el trabajo), 11 (derecho a la protección de la salud), 12 (derecho a la Seguridad Social), 13 (derecho a la asistencia social y médica) y 14 (derecho a los beneficios de los servicios sociales) de la CSE y 4 del Protocolo Adicional de 1998 (derecho a la protección social de las personas ancianas).

<sup>11</sup> Reclamación n° 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”.

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 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 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 n° 14/2003), decisión de fondo de 23 de octubre de 2012 (Reclamación n° 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 respecto a los migrantes, se encuentren o no en situación irregular” (decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012 (Reclamación n° 67/2011)). Todas ellas materializan el criterio recogido en la observación interpretativa a las Conclusiones del año 2004, en el 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 del CEDS no debe de sorprender, 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, confirma el CEDS el pronunciamiento de no conformidad 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. Los países, 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 efectivamente 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 n° 65 y 66 de 2011) y 7 de diciembre de 2012 (Reclamaciones n° 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.

### **5. Reflexiones finales: la necesaria vinculación a la normativa y jurisprudencia internacional.**

Una vez que el Gobierno ha notificado al Gobierno de España la violación de la CSE que está realizando, las actuaciones a realizar deben ir dirigidas a inaplicar, modificar o derogar la normativa, porque la ratificación de la CSE originaria 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), pero que sí lo hace de las que estén vigentes o se aprueben y que otorguen una protección inferior.

En esta obligación se incluye la jurisprudencia del CEDS; a estas alturas, el debate en cuanto a esta caracterización debería estar superado, y limitar ese concepto exclusivamente a la que emana de órganos y resoluciones que tienen la denominación de “tribunal” y de “sentencias” supone desconocer la realidad de lo que es ese término, ya 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).

Se ha de recordar que 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), siendo, además, este último aspecto confirmado, sin lugar a dudas, en el Proyecto de Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales que se está tramitando en estos momentos en el Congreso de los Diputados (presentado el 25/10/2013, BOCG-CD de 5 de noviembre de 2013), en el que el art. 32 determina que *“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”*.

La propia CE recoge el compromiso adoptado en la Convención de Viena, 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”*.

Por el momento, de las manifestaciones realizadas por los responsables gubernamentales tras la publicación de las Conclusiones no se perciben signos que evidencien el ánimo de seguir las indicaciones del CEDS e introducir los cambios en la legislación nacional no conforme con la CSE. Ante esta situación, las posibilidades de actuación deben ir encaminadas, como ha señalado JIMENA QUESADA, a que las medidas sean desatendidas por las Comunidades Autónomas 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).

Concluyo este estudio realizando una reflexión que pretende 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, aspecto que debe tener presente el Defensor del Pueblo en sus actuaciones.

Resulta inadmisibles que en estos momentos España sea un país que viola con la exclusión de los extranjeros irregulares de la atención sanitaria un derecho humano, el de la dignidad de la persona, y que la Defensora del Pueblo siga sin articular los procedimientos legales que tiene habilitados al efecto, es decir, interponer un recurso de inconstitucionalidad, limitándose a emitir recomendaciones al Ministerio, incumpliendo los objetivos que tiene encomendados legalmente en cuanto a la defensa de los derechos de los ciudadanos.

## Bibliografía

- BELORGEY, J.M.: “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”. *Revista de Derecho Político*, 2007, nº 70. Pág. 349.
- JIMENA QUESADA, L.: “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2013”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, nº 22.
- JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España”. En AA.VV. (Coord. JIMENA QUESADA, L.): *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia, 2004. Tirant lo Blanch. Pág. 137.
- JIMENA QUESADA, L.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*. Navarra, 2013. Aranzadi. Págs. 24 y 25.
- JIMENA QUESADA, L.: *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*. Valencia, 2007. Tirant lo Blanch. Pág. 19.
- PALOMAR OLMEDA, A. Y VÁZQUEZ GARRANZO, J.: “El derecho a la asistencia sanitaria: un camino de ida y vuelta”. *Actualidad del Derecho sanitario*, 2013, nº 200. Pág. 35.
- PRIETO SUÁREZ, R.: “La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2008, nº 11. Pág. 356.
- APRELL LASAGABASTER, C.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto-Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones”. *Revista General de Derecho Administrativo*, 2013, nº 32. Págs. 5 y ss.
- JIMENA QUESADA, L.: “La vinculación del Juez a la jurisprudencia internacional”. En AA.VV. (Coord. REVENGA SÁNCHEZ, M.): *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia, 2009. Tirant lo Blanch. Págs. 502 a 506.

-ROVIRA VIÑAS, A.: “Los defensores del pueblo y la Convención de Prüm”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2007, n° 7. Pág. 215.

-SOBRINO GUIJARRO, I.: “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España”. *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, 2013, n° 2. Pág. 133.

-TORRES MURO, I.: “Los recursos del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional: Una revisión”. *Teoría y realidad constitucional*, 2010, n° 26. Pág. 124.

---

## Pour citer cet article

---

### **Référence électronique**

SALCEDO BELTRÁN, Carmen « El defensor del pueblo español ante el RDL 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud: valoraciones y críticas », *Revue Miroirs* [En ligne], 2 |2015, mis en ligne le 1 février, 2016, <http://www.revuemiroirs.fr/links/3/article5.pdf>.

---

### **Auteur**

Carmen SALCEDO BELTRÁN

---

### **Droits d'auteur**

© RevueMiroirs.fr