



Papeles el tiempo de los derechos

CARTA SOCIAL EUROPEA, DERECHO A LA SALUD Y PERSONAS MIGRANTES: EL CASO ESPAÑOL

Daríá Terrádez Salom
dterradez@gmail.com
Universidad de Valencia

Palabras Clave: Carta Social Europea, derecho a la salud, inmigración, Comité Europeo de Derechos Sociales

Número: 26

Año: 2014

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

**CARTA SOCIAL EUROPEA, DERECHO A LA SALUD Y PERSONAS
MIGRANTES:
EL CASO ESPAÑOL.**

**Daríá Terrádez Salom
dterradez@gmail.com
Universidad de Valencia**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. I. RAZONES PARA UNA CARTA DE DERECHOS SOCIALES: PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS. 1) El sistema de informes del CEDS. 2) El Procedimiento de reclamaciones colectivas. II. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA: EL CASO ESPAÑOL. III. LAS PERSONAS MIGRANTES EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA. IV. LAS CONCLUSIONES XX-2 DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA SALUD Y LAS PERSONAS MIGRANTES. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN¹

Desde hace ya unos cuantos años, oficialmente desde 2008, la ciudadanía vive inmersa en un periodo de crisis económica cuyas consecuencias más visibles pueden observarse en la regresión que los derechos sociales han sufrido. Estos, asociados siempre a la disponibilidad presupuestaria, bajo argumentos nada sostenibles, han sido los primeros en verse afectados; derechos como la asistencia sanitaria, las prestaciones sociales, en

¹ **Principales abreviaturas utilizadas:** CE (Constitución Española), CdE (Consejo de Europa), CEDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) CEDS (Comité Europeo de Derechos Sociales), CSE (Carta Social Europea originaria) CSEr (Carta Social Europea revisada), TC (Tribunal Constitucional), RDL 16/2012 (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), UE (Unión Europea), OMS (Organización Mundial de la Salud).

general las políticas y medidas de asistencia social se han visto claramente debilitadas, bajo el argumento de la necesidad de reducir el déficit económico. En España, desde hace unos dos años, numerosas normas provenientes de la capacidad legislativa del gobierno han mermado el Estado social proclamado en nuestra Constitución, lo que ha repercutido de forma negativa en la ciudadanía, en sus derechos y en su dignidad. Y todo ello, pese a que España tiene suscritos determinados tratados y convenios internacionales en materia de protección de los derechos sociales, cuya obligatoriedad viene impuesta tanto por el art. 96, 1º como por el art. 10, 2º de nuestra Constitución, de acuerdo con los mandatos aplicativo e interpretativo que ambos preceptos establecen. De entre todos los convenios y tratados, me gustaría resaltar la Carta Social Europea que España ratificó en 1980 y, por lo tanto, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde hace más de treinta años, así como la aplicación en España tanto de la Carta como de las recomendaciones contenidas en las Conclusiones derivadas del control que efectúa el Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano que garantiza la correcta aplicación y el respeto de la Carta.

En relación con la ya anunciada regresión en derechos sociales, consecuencia directa de las políticas impuestas desde la Unión Europea para evitar el supuesto desmoronamiento del sistema financiero, numerosos colectivos de personas vulnerables han padecido los resultados de estas políticas restrictivas y regresivas, que han llegado incluso a crear nuevas categorías de vulnerabilidad y de excluidos sociales.

La presente comunicación, incluida dentro de la línea "Pobreza y grupos vulnerables" tiene como objetivo principal subrayar la importancia de la Carta Social Europea, que se erige como herramienta fundamental de salvaguarda de los derechos sociales y de los colectivos vulnerables, principales víctimas de esta regresión del Estado social. La comunicación, dividida en cuatro partes, analizará en primer lugar la aparición de la Carta Social Europea, desde la aproximación de la indivisibilidad de los derechos fundamentales; en segundo lugar se abordará el derecho a la salud, desde los estándares impuestos por la CSE y su aplicación en España; en tercer lugar, y respecto de los colectivos vulnerables, se desarrollarán las disposiciones aplicables a los extranjeros y por último, se hará una referencia las últimas conclusiones sobre España del Comité Europeo de Derechos Sociales en relación con el derecho a la salud.

I RAZONES PARA UNA CARTA DE DERECHOS SOCIALES: PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La voluntad del Consejo de Europa, desde un principio, ha quedado establecida en sus objetivos principales que son la defensa de los derechos humanos, los principios democráticos y la preeminencia del Derecho, la promoción de los valores culturales europeos, la búsqueda de soluciones a los problemas comunes de la sociedad y el refuerzo de la estabilidad democrática mediante reformas constitucionales y legislativas. Estos cuatro objetivos son la base fundamental sobre la cual vio la luz el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, más tarde, la CSE que “*vino a hacer realidad el principio de indivisibilidad (interdependencia e igual importancia) de todos los derechos humanos*”².

A pesar de que el CEDH adoptó ciertos derechos de contenido social, como la prohibición del trabajo forzado³, el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos⁴ o el derecho a la educación⁵, el principio de indivisibilidad de los derechos humanos hacía necesaria la creación de una norma específica donde se recogieran los derechos sociales. Asimismo, en relación con el principio de indivisibilidad de los derechos, debe especificarse que su base fundamental se encuentra en el reconocimiento y garantía de la dignidad del ser humano, nexo común de los derechos civiles, las libertades públicas y los derechos sociales; este vínculo común puede desprenderse de la Declaración de Filadelfia cuando establece que “*todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*”⁶.

² L. JIMENA QUESADA *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas Vol.I: 1998 – 2005)*, “*Estudio preliminar: importancia y alcance de la jurisprudencia del CEDS para España*” (pág.24), Tirant Monografías, 2007.

³ CEDH Artículo 4, prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado.

⁴ CEDH Artículo 11, libertad de reunión y de asociación.

⁵ Protocolo adicional al CEDH, artículo 2, derecho a la educación; 20 de marzo de 1952.

⁶ Apartado II, letra a) de la Declaración de Filadelfia. Durante la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en Filadelfia en 1944, se acordaron los fines y objetivos de la organización, estableciendo que “*el trabajo no es una mercancía, [que] la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante, [que] la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos y [que] todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad y de seguridad económica y en igualdad de oportunidades*”. La Declaración de Filadelfia fue incorporada como anexo a la Constitución de la O.I.T. en 1946. Asimismo, puede añadirse que, aparte del principio de indivisibilidad, puede deducirse de la Declaración un esbozo de la prohibición de irregresividad de los derechos sociales cuando establece que “*cualquier política y medida*

Igualmente, el principio de indivisibilidad puede desprenderse de la propia actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en concreto desde la sentencia recaída en el caso Airey contra Irlanda⁷, donde el TEDH afirmó que “*pese a que el Convenio establece derechos civiles y políticos, muchos de ellos poseen implicaciones de naturaleza económica y social*”⁸, en relación con el art. 6 del CEDH que establece el derecho a un proceso equitativo y que tiene implicaciones claramente económicas, derivadas de los gastos que supone el inicio de actuaciones judiciales. Otro de las garantías contenidas en el CEDH con implicaciones sociales es la prohibición de la tortura; pese a parecer, a primera vista, un derecho netamente civil⁹, relacionado con el derecho a la vida establecido en el art.2 CEDH, el TEDH, en su sentencia recaída en el caso D. contra Reino Unido¹⁰, puso de manifiesto su contenido social, en relación con el art. 3 del CEDH que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes. En dicho pronunciamiento, el TEDH determinó que el riesgo de no recibir determinados tratamientos médicos por parte de un paciente en la fase terminal de su enfermedad, debido a su posible expulsión del Reino Unido, podía constituir un trato inhumano y degradante¹¹ y, por lo tanto, la conculcación de lo establecido en el art. 3 del CEDH. Por lo tanto, y habiéndose establecido el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, resultaba necesaria la elaboración de una normativa específica relativa a todos los derechos sociales, y no solo a los derivados de las relaciones laborales. La CSE de 1961 surgió de esa necesidad, la de dotar con una regulación específica la

de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental”, en relación con la garantía del bienestar material y el desarrollo espiritual.

⁷ Demanda 6289/73; sentencia de fecha 9 de octubre de 1979.

⁸ Caso Airey contra Irlanda, Fundamentos de derecho, §26 “*the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature*”. Esta afirmación del TEDH se hizo en relación con el art. 6 del CEDH en un caso originado tras la imposibilidad de la demandante, la Sra. Airey, de obtener el divorcio de su marido al ser imposible hacer frente a los gastos derivados de una defensa profesional por parte de un abogado. Pese a que, de acuerdo con lo alegado por Irlanda, la demandante tenía garantizado el acceso a los tribunales, pues podía representarse a ella misma, el TEDH determinó que dicha defensa no se ajustaría a lo establecido en el art. 6 del CEDH, pues las especificidades legales del procedimiento de divorcio hacían imposible que una persona como la demandante, desconocedora de los tecnicismos jurídicos, pudiera obtener un proceso equitativo.

⁹ Véase la sentencia recaída en el asunto Irlanda contra Reino Unido de 18 de enero de 1978 (demanda 5310/71) como paradigma de un caso de torturas y tratos inhumanos y degradantes.

¹⁰ Demanda 30240/96; sentencia de 2 de mayo de 1997.

¹¹ Asunto D. Contra Reino Unido, sentencia de 7 de mayo de 1997, fundamentos de derecho §53: “*In view of these exceptional circumstances and bearing in mind the critical stage now reached in the applicant’s fatal illness, the implementation of the decision to remove him to St Kitts would amount to inhuman treatment by the respondent State in violation of Article 3 (art. 3)*”.

garantía de los derechos sociales; asimismo se estableció, en un principio, un único¹² procedimiento de garantía de dichos derechos mediante un sistema de informes supervisado, en la actualidad, por el Comité Europeo de Derechos Sociales.

1. El sistema de informes del CEDS.

El CEDS posee dos procedimientos de garantía de los derechos reconocidos por la CSE¹³: el procedimiento de informes y el procedimiento de reclamaciones colectivas. En el plano sustancial, España únicamente tiene ratificada la CSE de 1961, así como el Protocolo adicional a la CSE de 1988¹⁴, por lo que preferentemente nos referiremos al procedimiento de informes. Ello no obstante, y de forma transversal, el contenido de la CSE y del Protocolo estableciendo un sistema de reclamaciones colectivas serán tratados, como eje argumental de la necesidad y procedencia de su ratificación, sobre todo y hasta tanto ese momento llegue, porque la interpretación del CEDS elaborada en el marco de dicho procedimiento de reclamaciones resulta extensible y vinculante para España con respecto a los derechos aceptados por nuestro país; teniendo en cuenta, además, la actual situación económica que ha dado lugar a un empobrecimiento o precarización de los derechos sociales pese a que estos “*son la esencia y la finalidad de un Estado democrático*”¹⁵.

Además, el sistema de informes únicamente se centra en las disposiciones de la CSE que el Estado ha aceptado, siendo un sistema “*a la carta*”, quedando a la voluntad de los Estados los preceptos que aceptan o no¹⁶. En el caso español, se aceptó la totalidad de lo dispuesto en la CSE, así como el mencionado Protocolo adicional de 1988, lo que obliga a España a presentar informes cada año¹⁷, sobre la aplicación a nivel interno de

¹² Con la entrada en vigor de la CSE y el Protocolo adicional estableciendo el procedimiento de reclamaciones colectivas, la CSE y la CSEr han visto reforzadas sus garantías.

¹³ Teniendo en cuenta el Protocolo adicional a la CSE de 1995 que introdujo el sistema de reclamaciones colectivas.

¹⁴ Instrumento de ratificación de 7 de enero de 2000, BOE nº 99 de 25 de abril, corrección de errores BOE nº220, de 13 de septiembre.

¹⁵ G. BIURRUN, “*La insoportable brevedad de los derechos sociales*” (pág. 142), in *Los derechos sociales en tiempos de crisis*; Ararteko, 2012.

¹⁶ De acuerdo con el art. 20 de la CSE, los Estados están obligados a “*considerar la Parte I [...] como una declaración de objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados*” y a aceptar, de la Parte II, al menos cinco de los siete artículos siguientes: artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19. Esta segunda parte de la CSE se conoce como “núcleo duro”; del resto de los artículos, la CSE establece que el Estado deberá obligarse por al menos 10 de ellos o 45 párrafos.

¹⁷ Hasta 2007 la presentación de informes se realizaba cada dos años.

lo establecido en la CSE, de acuerdo con la división por bloques temáticos¹⁸ que decidió el Comité de Ministros del Consejo de Europa en mayo de 2006¹⁹.

A continuación, los Estados deben remitir los informes a las organizaciones de empleadores y trabajadores, que estén afiliadas a sus homónimos internacionales, para que realicen las observaciones que estimen oportunas; las observaciones, en caso de que así fuera solicitado por las mencionadas organizaciones, serán remitidas a su vez al Secretario General del Consejo de Europa²⁰. Una vez recibidos los informes, estos son enjuiciados por un Comité de Expertos, el Comité Europeo de Derechos Sociales²¹, regulado en el art.24 de la CSE y compuesto en la actualidad por 15 miembros²². El examen del CEDS no se limita únicamente a determinar la adecuación, o no, de lo expresado en el informe del Estado con los parámetros establecidos en la CSE, sino que va más allá *“puesto que los exámenes de situación efectuados por el Comité no tratan sólo sobre los textos constitucionales, legislativos o reglamentarios vigentes en los Estados concernidos, sino también sobre las prácticas”*²³.

Las conclusiones del CEDS, una vez elaboradas, pasan al Comité Gubernamental, órgano que redacta, a su vez, otro documento, desde un punto de vista exclusivamente económico y político, y que remitirá, junto a dichas conclusiones, al Comité de Ministros del CdE. El Comité gubernamental, de hecho, *“prepara las decisiones del*

¹⁸ Cada año España, así como el resto de Estados que no han aceptado el protocolo de reclamaciones colectivas, presentan un informe relativo a los bloques de empleo, formación e igualdad de oportunidades (Bloque I), salud, Seguridad Social y protección social (Bloque II), derechos laborales (Bloque III) y menores, familia y personas migrantes (Bloque IV).

¹⁹ Decision of the Committee of Ministers of the Council of Europe about the European Social Charter, Governmental Committee of the European Social Charter, New system for the presentation of reports on the application of the European Social Charter, Proposal of the Governmental Committee (CM(2006)53); 963rd meeting, 3 may 2006.

²⁰ Art. 23 CSE.

²¹ Esta denominación fue adoptada en 1998.

²² De acuerdo con la reforma del Protocolo 142 de enmienda a la CSE, el art.25.1 establece que el Comité de expertos Independientes estará compuesto por, al menos, 9 miembros. A pesar de que dicha reforma no ha entrado aún en vigor, todos los preceptos sí son aplicables, a excepción de lo dispuesto en relación con la elección de los miembros del CEDS por la Asamblea parlamentaria del CdE (véase art. 25, 1º de la Parte IV, de acuerdo con la redacción dada por el Protocolo de Turín de 1991); asimismo, en la 751ª reunión del Comité de Ministros del CdE, celebrada del 2 al 7 de mayo de 2001, se decidió la nueva composición del CEDS, pasando a ser quince los miembros.

²³ J.M. BELORGEY *“La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”*, Revista de Derechos Político, nº70, 2007. La puntualización realizada es en relación con el sistema de reclamaciones colectivas, sin embargo se puede hacer extensible al sistema de informes, pues el CEDS no solo analiza la legislación, sino que tiene en cuenta la aplicación práctica de esta.

*Comité de Ministros, seleccionando las situaciones que deberían ser objeto de Recomendaciones*²⁴, dejando de lado el ámbito jurídico, cubierto por el CEDS.

Tras este trámite, es el Comité de Ministros el encargado de adoptar una Resolución y de emitir Recomendaciones a los Estados “*cuyas legislaciones y prácticas nacionales han sido puestas en duda en cuanto a su conformidad con las disposiciones de la Carta*”²⁵. En efecto, este último escalón, ocupado por el Comité de Ministros, órgano político del CdE, puede ser uno de los factores negativos del procedimiento de informes, debido al propio carácter del órgano, pues está compuesto por los representantes de los gobiernos de los Estados miembros del CdE y ello puede provocar el riesgo de que lo político se superponga a lo estrictamente jurídico.

De todos modos, el sistema de supervisión de la ejecución de las conclusiones del CEDS (lo mismo que de sus decisiones adoptadas en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas) por el Comité de Ministros es similar al de supervisión de las sentencias del TEDH. En este sentido, más allá de la mayor o menor voluntad política del Comité de Ministros, lo fundamental es que los operadores jurídicos internos apliquen en el ámbito nacional las conclusiones y decisiones del CEDS y las sentencias del TEDH.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en este procedimiento, la actitud de los Estados frente a la actividad supervisora del CEDS y el mayor o menor cumplimiento, por parte de estos, de sus obligaciones con la CSE. Los informes estatales deben presentarse antes de cada treinta y uno de octubre y exponer la situación de la legislación y prácticas que, en materia de derechos sociales, está llevando a cabo el Estado en cuestión. En síntesis, el Estado trata de demostrar que está cumpliendo lo establecido en la CSE y que ha corregido los errores, las situaciones de no conformidad con la CSE, observados en las anteriores conclusiones relativas al mismo bloque temático.

2. El procedimiento de reclamaciones colectivas.

El CEDS, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora, tiene como misión fundamental establecer si la situación de un país es conforme con los estándares acordados en la CSE, el protocolo de 1988 y la CSEr, de acuerdo con su reglamento de

²⁴ L. JIMENA QUESADA “*La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España*” (págs. 137-190) in L. JIMENA QUESADA (Coord.) *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*; Tirant lo Blanch y Universitat de València, 2004.

²⁵ Ídem supra.

funcionamiento²⁶. Desde la entrada en vigor del protocolo de Reclamaciones colectivas, el Comité posee una nueva herramienta de decisión, mucho más directa, pues se centra en situaciones concretas de supuestas vulneraciones de la Carta respecto de las cuales emite decisiones, de las que puede decirse que son verdaderas sentencias, pues no debe olvidarse que el Comité está formado por expertos independientes que “*actúa conforme a parámetros claramente jurisdiccionales (fase de inadmisibilidad y fase de enjuiciamiento en cuanto al fondo) y dicta decisiones de fondo que presentan la misma estructura que las sentencias judiciales*”²⁷. Sin embargo, pese a la fortaleza del sistema de control del CEDS, en ambas modalidades, esta parece diluirse una vez emitidas las conclusiones y las decisiones, pues quedan, sobre todo respecto de las primeras, a expensas de la actividad del Estado, o de su inactividad, con la agravante que pesa siempre que se traen a colación los derechos sociales, y es su marginación en relación con los derechos civiles y las libertades públicas pues “*los Estados, teóricamente, muestran su disposición a establecer el mismo estatus para ambos grupos de derechos: en la práctica, la retórica no concuerda con la realidad de la práctica del Estado*”²⁸. Por todo ello resulta de sumo interés analizar el control efectuado por el propio CEDS, respecto del cumplimiento, por parte de los Estados, de lo adoptado tanto en las conclusiones como en las decisiones, no solamente respecto de los avances legislativos sino de las medidas prácticas, pues, al fin y al cabo, la CSE establece derechos prácticos y no anhelos teóricos.

De acuerdo con las Resoluciones del Comité de Ministros, el CEDS deberá comprobar en los siguientes informes estatales que sigan al procedimiento de reclamaciones colectivas o al sistema de informes, si el Estado en cuestión ha dado cumplimiento a las observaciones efectuadas por el CEDS en sus conclusiones y/o ha reparado la situación que vulneraba la CSE. A pesar de la actitud de España hacia sus obligaciones internacionales, otros Estados miembros sí que dan debido cumplimiento a las observaciones y decisiones del CEDS.

²⁶ Art. 2 reglamento del Comité Europeo de Derechos Sociales, adoptado en marzo de 2004, durante la 201ª sesión y revisado en varias ocasiones, siendo la última en mayo de 2011.

²⁷ L. JIMENA QUESADA *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de Reclamaciones Colectivas Vol. I: 1998-2005)*, Tirant monografías 477, 2007.

²⁸ C. O’CINNEIDE “*Bringing socio-economic rights back to the mainstream of Human Rights: the case-law of the European Committee of Social Rights as an example of rigorous and effective rights adjudication*” *Revista Europea de Derechos Fundamentales* núm.31/1er semestre 2009, págs. 259-29: “*In the abstract, states are willing to acknowledge the equal status of both sets of rights: in practice, this rethoric does not match the reality of state practice*” (traducción de la autora).

Como ilustración de ello, cabe apuntar que las ejecuciones de las reclamaciones colectivas se han llevado a cabo a través de diferentes vías:

- A) Una de esas vías es la reforma legislativa, cuyo ejemplo lo encontramos en la Reclamación nº48/2008 (Centro Europeo de Derechos de los Gitanos contra Bulgaria) y que tuvo como consecuencia la eliminación de un artículo de la ley de asistencia social que limitaba el acceso a dicha prestación a los parados, tras 6, 12 o 18 meses, lo que violaba lo dispuesto en el art. 13,1 de la CSEr. De acuerdo con la resolución CM/ResChS (2010)2, el Comité de Ministros estimó que dicha reforma legislativa se hallaba en plena concordancia con la decisión de fondo emitida por el CEDS y que suponía una solución eficaz y permanente²⁹.
- B) En segundo lugar, se encuentra la vía ejecutiva; en este caso puede traerse a colación la ejecución de la Reclamación nº45/2007, INTERRIGHTS contra Bulgaria³⁰, que tuvo como consecuencia directa la retirada, por parte del Gobierno, de unos manuales de educación sexual con contenidos homófobos y sexistas que atentaban contra lo establecido en el art. 16 de la CSE, de acuerdo igualmente con la petición realizada por el Comité de Ministros³¹ en el sentido de adecuar la situación a la decisión emanada del CEDS.
- C) Por último, la ejecución de las decisiones del CEDS también se ha tramitado a través de la vía judicial, como en el caso de la decisión de fondo de la reclamación nº14/2003, Federación Internacional de Derechos Humanos contra Francia de 8 de septiembre de 2004; en este caso, se cuestionó la legislación

29 Resolución CM/ResChS (2010)2 de 31 de marzo de 2010 : *«En référence à la Réclamation collective n° 48/2008 du Centre européen des droits des Roms contre la Bulgarie, dans laquelle le Comité européen des droits sociaux a constaté que l'interruption de l'assistance sociale pour les chômeurs d'âge actif après 18 ou 12 mois, prévue par l'article 12(c) de la loi sur l'assistance sociale de la République de Bulgarie ne pouvait pas être considérée comme constituant une restriction admissible au droit de percevoir une assistance sociale conforme aux dispositions de l'article 13, paragraphe 1 de la Charte sociale européenne (révisée), je vous informe de ce qui suit : L'article 12 (c) en cause a été abrogé par un amendement à la loi relative à l'assistance sociale, adoptée par l'Assemblée nationale de la République de Bulgarie le 10 février 2010 (publiée dans le numéro 15 du Journal officiel du 23 février 2010). L'amendement entrera en vigueur le 1er janvier 2011. Ledit amendement constitue une solution efficace et pérenne aux questions soulevées par le Comité européen des droits sociaux dans la partie conclusion de son rapport sur la Réclamation collective n° 48/2008 »*.

³⁰ El objeto de la reclamación se encontraba en los contenidos de la educación sexual ofrecida en los colegios e institutos, que presentaban la homosexualidad como una conducta desviada, causa de la proliferación de enfermedades de transmisión sexual como el VIH (véase el párrafo 60 de la decisión sobre el fondo de la reclamación 45/2007); asimismo, otros contenidos presentaban a la mujer en su rol más tradicional, es decir como madre cuya labor se desarrolla dentro del hogar o en profesiones típicamente femeninas, como la hostelería o la limpieza.

³¹ Resolución CM/ResChS (2009)7, de 21 de octubre de 2009 (1.068ª reunión de los Delegados de Ministros).

francesa³² sobre asistencia médica a los extranjeros en situación irregular y a los menores extranjeros, pues, de acuerdo con su redacción, debían de cumplir una serie de requisitos, como un tiempo previo de estancia en el país o un determinado nivel de recursos. La organización reclamante adujo que las disposiciones legislativas del Estado francés eran contrarias a los art. 13 y 17 de la CSEr y el CEDS dispuso que respecto del art. 13 CSEr, al haber un sistema de asistencia médica para los extranjeros en situación irregular, la situación de Francia no vulneraba dicho precepto, a pesar de las dudas que podía ofrecer dicho sistema al no estar claramente definidas las condiciones para determinar la urgencia y la correspondiente necesidad de asistencia médica, y, asimismo, la dificultad de la puesta en práctica de dichos condicionamientos. En cambio, y en relación con el art. 17 CSEr, el CEDS sí que estimó que la normativa francesa contradecía lo dispuesto en la Carta, pues los menores extranjeros únicamente tenían derecho a la asistencia médica cuando su pronóstico vital corriera un riesgo serio y solamente podían acceder a la asistencia sanitaria, procurada por el Estado, pasado un tiempo de estancia en el país. El Consejo de Estado francés, máximo órgano de la jurisdicción administrativa francesa, fue el encargado de corregir esta desviación normativa³³, al menos en lo referente a la asistencia sanitaria de los menores, al anular los decretos que establecían un tiempo mínimo de estancia previo para poder gozar del derecho a la asistencia sanitaria, y asumiendo lo dispuesto por el CEDS en su decisión. Todo ello, no solo demuestra una actitud coherente del Estado francés respecto de sus obligaciones internacionales, sino también la creciente interrelación entre los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros y el CEDS, lo que refuerza el carácter jurisdiccional de este último, ya no sólo por la forma de sentencia que las decisiones de fondo poseen, sino también por las consecuencias de su ejecución en el plano interno, tal y como ha quedado resaltado en el presente apartado.

Por lo tanto, y en relación con España, resulta perentoria la firma y ratificación del protocolo adicional a la Carta de 1995, dado que el sistema de informes no resulta del

³² Código de asistencia social, título V, capítulo 1º “Derecho a la asistencia médica estatal”, en su redacción dada por sendas leyes fiscales de 2002 y 2003, que rectificaron la normativa que regulaba la asistencia médica dispensada a los extranjeros en situación irregular y cuya redacción dejaba fuera de la asistencia universal a los menores extranjeros que únicamente podían disfrutar de la asistencia urgente, bajo unos parámetros poco definidos pues dependiendo de la gravedad de su pronóstico vital, podrían acceder o no a dicha asistencia urgente.

³³ Decisión de 7 de junio de 2006 del Consejo de Estado francés.

todo efectivo, a la vista de la poca atención, o incluso intencionadamente parcial, que se le dispensa a las conclusiones del CEDS, lo que incide de forma muy negativa en la protección de los derechos sociales y en su debida justiciabilidad.

II EL DERECHO A LA SALUD EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA: EL CASO ESPAÑOL.

Pasando ya a uno de los temas concretos de esta comunicación, cabe analizar el derecho a la salud desde la perspectiva de la CSE. El derecho a la salud, de acuerdo con la Constitución de la OMS, es un derecho fundamental de todo ser humano que garantiza “*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”, por lo que va más allá de la sanación de la enfermedad y debe ser reconocido sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica y social. Este derecho se encuentra, además, ligado a la dignidad de la persona³⁴, por lo que su reconocimiento y garantía deben ser efectivos y reales.

En nuestro texto constitucional, el derecho a la salud viene reconocido en el art. 43, dentro del capítulo III, del Título I, que recoge los Principios rectores de la política social y económica, por lo que su desarrollo es preciso para que pueda ser alegado ante la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con el art. 53 CE³⁵. Sin embargo, su interpretación y garantía, a través del art. 10, 2 CE, se reforzaron tras la ratificación por parte de España de distintos tratados y convenios internacionales, como la CSE de 1961. La Carta regula el derecho a la protección de la salud en su art. 11 así como en el art. 13 (derecho a la asistencia social y médica); España, al haber aceptado la totalidad de la CSE, viene obligada a presentar, como sucede con el resto de derechos, un informe sobre los avances legislativos y prácticos en relación con dicho derecho.

El art. 11 de la Carta establece la necesidad, por parte de los Estados firmantes, de establecer medidas para eliminar las causas de una salud, deficiente, crear servicios

³⁴ Véase la sentencia del TEDH recaída en el asunto D. c. Reino Unido, de 2 de mayo de 1997 (demanda 30240/96), donde se puso de manifiesto que la expulsión de un extranjero, en fase terminal de una enfermedad, a su país de origen, en el cual no le podían facilitar la atención médica necesaria, supuso una violación del art. 3 CEDH. Asimismo véase la Observación General núm. 14 sobre El derecho al disfrute del más alto nivel de salud posible, párrafo 3º: “*El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud.*” U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

³⁵ Para un estudio en profundidad del derecho a la salud, véase G. ESCOBAR ROCA “*El derecho a la protección de la salud*” (Capítulo IX) in G. ESCOBAR ROCA (Dir.) *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

educacionales y de consulta que mejoren la salud y medidas de prevención de enfermedades epidémicas o endémicas. Por lo tanto, el precepto de la Carta sigue la línea de la Constitución de la OMS, al adoptar una concepción amplia del derecho a la salud, y no sólo su vertiente médica. Tal y como se ha venido comentando a lo largo del presente trabajo, el CEDS no solo comprueba que se realicen los avances legislativos necesarios para dar efectividad a este derecho, sino que además supervisa su concreta puesta en práctica. Las conclusiones referentes a España, con relación al cumplimiento de lo establecido en el art. 11 CSE, no han sido del todo negativas, excepto las dos últimas³⁶, donde el Comité vuelve a requerir más información de la facilitada en el informe correspondiente, en aspectos relacionados con el número de centros hospitalarios o unidades terapéuticas específicas como las psiquiátricas. Respecto de estas últimas, las conclusiones del Comité detallan que en el año 2006 existían 0,46 camas por cada mil habitantes, lo que es notoriamente insuficiente y por ello el Comité solicita a España que en su próximo informe detalle las medidas emprendidas para incrementar dicho número. Otro de los aspectos que dichas conclusiones resaltan es la gestión de las listas de espera, información que ya se había solicitado y que España no aporta en el informe correspondiente, por lo que el Comité insiste en su solicitud y advierte a España de la posibilidad de declarar su situación como no conforme en las próximas conclusiones correspondientes al art. 11 CSE. Y, para el Comité, no puede constituir un pretexto de la ausencia de envío de esa información el hecho de que sean las Comunidades Autónomas las que gestionan prioritariamente los servicios de salud, puesto que la personalidad jurídica internacional y, por ende, la responsabilidad exterior, compete al Estado y, por ello, debe responder el Gobierno central.

Dicho lo cual, resulta necesario centrarse en otro de los requerimientos de las Conclusiones XIX-2 y es el de conocer el sistema sanitario español, sobre todo en relación con las posibilidades de acceso de personas pertenecientes a colectivos vulnerables, pues *“El sistema sanitario debe ser accesible a todos [...] Las restricciones en la aplicación del art. 11 no deben ser interpretadas en el sentido de impedir a colectivos vulnerables el ejercicio de su derecho a la salud. Esta interpretación es la consecuencia lógica del principio de no discriminación previsto en el Artículo E, en conexión con los derechos subjetivos de la Carta”*³⁷. El Gobierno

³⁶ Conclusiones XIX-2 (2009) de enero de 2010 y XX-2 (2013).

³⁷ Conclusiones XIX-2, pág. 11: *“The health care system must be accessible to everyone (Conclusions 2007, Albania). Restrictions on the application of Article 11 may not be interpreted in such a way as to*

español durante los dos últimos años, y dada la grave situación económica, ha promulgado numerosa normativa que ha tenido como consecuencia general la minoración de determinados derechos sociales, tal y como se ha visto a lo largo de este trabajo. Dos de las normas más polémicas han sido el RDL 16/2012 y el RD 1192/2012, pues han aplicado ajustes económicos sobre el derecho a la salud y la atención médica que desvirtúan por completo la vocación universal del sistema nacional de salud, proclamada en el mismo RDL 16/2012. De acuerdo con lo expresado por el CEDS, el derecho a la salud debe de reconocerse a todos y su representación práctica, el sistema sanitario, también y, con especial énfasis a los grupos de personas vulnerables, como pueden ser los extranjeros en situación irregular³⁸. Pues, si atendemos a lo establecido por las normas gubernamentales mencionadas anteriormente, los extranjeros en situación administrativa irregular³⁹, desde el 1 de septiembre de 2012, no pueden acceder al sistema sanitario ordinario, pese a estar empadronados, pues han perdido su condición de asegurado⁴⁰ obtenida tras el empadronamiento en el municipio de residencia⁴¹; únicamente tienen derecho a los cuidados sanitarios debidos a una urgencia por accidente o enfermedad sobrevenida o en caso de embarazo, durante todo el proceso y el postparto⁴². Sin embargo, este detalle que puede parecer nimio pese a su

impede disadvantaged groups' exercise of their right to health. This interpretation is the logical consequence of the non-discrimination provision in Article E of the Charter, in conjunction with the substantive rights of the Charter”.

³⁸ Es más, el CEDS, en la decisión de fondo de la reclamación 14/2003, Federación Internacional de Derechos Humanos contra Francia, afirmaba que “*la dignidad humana representa el valor fundamental que se encuentra en el núcleo del derecho europeo positivo en materia de derechos humanos [...] y los cuidados médicos constituyen una condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana*”, por lo que cualquier legislación o práctica que limitara el acceso a la asistencia sanitaria e los extranjeros, aún en situación irregular, es contraria a la Carta Social Europea (párrafos 31 y 32).

³⁹ Únicamente los extranjeros adultos, pues los menores siguen teniendo una especial protección.

⁴⁰ Véase el art. 1º del RDL 16/2012.

⁴¹ Para un análisis detallado de la consecuencias prácticas y reales del RDL 16/2012, véase “*El impacto de la reforma sanitaria sobre el Derecho a la salud*” elaborado por la ONG Médicos del Mundo en septiembre de 2013 y presentado a la Defensora del Pueblo. Dicho informe resalta el RDL 16/2012 “*ha provocado n notorio entorno de confusión entre las y los profesionales sanitarios, que ha generado una **aplicación manifiestamente asimétrica y desigual, dejando a colectivos excluidos y con especial repercusión entre las personas más vulnerables** (víctimas de trata o de violencia de género, pacientes con enfermedades mentales y crónicas); además de una constante infracción del propio Real Decreto-Ley al excluirse de la atención sanitaria a mujeres embarazadas, menores de edad y facturando los servicios de urgencias (incluso antes de su prestación)*”.

⁴² Otra de las consecuencias del mencionado RDL, no menos grave que la comentada en esta parte del presente capítulo, ha sido la absoluta descoordinación entre las Comunidades Autónomas a la ahora de su aplicación. Un buen ejemplo puede encontrarse en la resolución del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha de 2 de agosto de 2013, de la Dirección Gerencia, sobre precios a aplicar por sus centros sanitarios a terceros obligados al pago o a los usuarios sin derecho a asistencia sanitaria, publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha el 8 de agosto de 2013. Dicha resolución establece las cantidades a facturar para procesos obstétricos siendo el precio del parto vaginal sin complicaciones de 2.511, 65 Euros o los 6.640,36 Euros que se cobrarán en caso de ser una cesárea de alto riesgo con complicaciones; asimismo las consultas de urgencias tendrán un precio de 236,09 Euros, por lo que se ignora, de forma

gravedad, no aparece en el último informe que el gobierno español ha presentado ante el CEDS; en dicho informe se alude a ambos decretos, argumentando su necesidad en la ineludible adaptación de la legislación española en materia de sanidad y Seguridad Social a la normativa europea y haciendo únicamente referencia a los ciudadanos comunitarios. A mayor abundamiento, el Gobierno español obvia mencionar la eliminación del derecho a la salud de los extranjeros incluso habiendo sido objeto de análisis en el Comité DESC de Naciones Unidas; dicho Comité expresa su preocupación “*por las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012, del 20 de abril de 2012, en particular a la Ley de Extranjería de 2009, que recortan los derechos de acceso de los inmigrantes en situación irregular a los servicios públicos de salud (art. 12)*” y añade que “*recomienda al Estado parte asegurar que, de conformidad con la Observación general N.º 14 (2000) del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, 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. También recomienda que el Estado parte evalúe el impacto de toda propuesta de recorte en cuanto al acceso de las personas y colectivos desfavorecidos y marginados a los servicios de salud*”⁴³.

La razón por la cual el Gobierno español omite cualquier mención a este respecto se desconoce, sin embargo sí que puede afirmarse que, de nuevo y pese a la reiteración de esta aseveración, España no solo no cumple con lo establecido en la CSE, es decir con sus compromisos internacionales, sino que, a sabiendas, esconde información que pudiera dañar su imagen internacional, pues poco a poco está vaciando de contenido el Estado social proclamado en la Constitución⁴⁴. Respecto del art. 13 CSE (derecho a la

dolosa, lo previsto en el RDL 16/2012 respecto de la asistencia sanitaria a extranjeros no registrados ni autorizados a residir que sí tiene reconocida dicha asistencia en caso de enfermedad grave sobrevenida o accidente y durante el embarazo, parto y postparto. En cambio la Comunidad Valenciana, mediante Instrucción de la Secretaría Autonómica de Sanidad de 31 de julio de 2013, ha puesto en marcha el Programa valenciano de protección de la salud, un tibio intento de garantizar la asistencia sanitaria a los extranjeros excluidos del Sistema nacional de Salud por el RDL 16/2012, aunque únicamente respecto de actuaciones en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y prestación de asistencia sanitaria y prevención y tratamiento de enfermedades de declaración obligatoria, infectocontagiosas y mentales; los requisitos para acogerse a dicho programa deben cumplirse todos simultáneamente, lo que dificulta su puesta en práctica efectiva, y desvirtúa por lo tanto su aparente bondad.

⁴³ Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los arts. 16 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (España); Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, 48º periodo de sesiones, 6 de junio de 2012 (E/C.12/ESP/CO/5).

⁴⁴ Una de las últimas, y controvertidas, medidas que ha tomado el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha sido la Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de

asistencia social y médica), desgraciadamente, la situación no cambia. El Comité, en las conclusiones anteriores al informe presentado por España en octubre de 2012, solicitaba información en relación con los párrafos 2º y 3º del citado precepto; sin embargo, tras su lectura, sigue sin aparecer mención alguna a los avances efectuados por España respecto de del párrafo segundo del art. 13 CSE y en relación con el apartado tercero enumera simplemente la normativa autonómica sobre Renta Mínima de Inserción y sobre un plan específico de inserción sociolaboral para personas que hayan agotado todas las prestaciones sociales por desempleo.

Para finalizar este segundo punto, conviene precisar que las últimas Conclusiones, de enero de 2014, merecen analizarse en un apartado específico, el último de esta comunicación, pero antes debe abordarse la situación de las personas migrantes en relación con la CSE, para así poder obtener un conocimiento lo más completo posible de la dimensión del problema creado por el RDL 16/2012.

III LAS PERSONAS MIGRANTES EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA.

En primer lugar, debe realizarse una puntualización respecto del ámbito subjetivo de la CSE, en relación con los extranjeros. La norma del CdE, en su anexo, especifica que *“las personas a que se refieren los artículos 1 al 17 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo súbditos de otras partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada, entendiéndose que los artículos precitados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19”* y añade a continuación que los Estados contratantes podrán aplicar dicha reglas a otras personas, se entiende que extranjeros originarios de terceros Estados y residentes en el país de acogida. Por lo tanto, la CSE se aplicará al resto de extranjeros, si el Estado parte así lo decide; tal y como se ha dicho anteriormente, la CSE es una norma *de minimis*, por lo que sus disposiciones pueden mejorarse, tanto en

Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a modificar las condiciones de financiación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante la asignación de aportación del usuario (BOE nº225, de 19 de septiembre de 2013); dicha resolución incluye un listado de medicamentos cuya dispensación se realiza a través de las farmacias hospitalarias. Desde el 1 de octubre de 2013 dicha medicación conllevara una aportación reducida. Se ha de tener en cuenta que estas medicaciones se administran para tratamientos de enfermedades graves y crónicas como el cáncer o la diabetes. Por lo general, los enfermos suelen tomar estos medicamentos durante largo tiempo, incluso de por vida, por lo que someter su dispensación a un pago, aunque sea mínimo, puede limitar claramente el goce del derecho a la salud de forma plena.

el ámbito objetivo como en el subjetivo lo cual, por lo demás, es coherente con el art. 32 CSE (art. H de la CSEr).

Una vez realizada esta puntualización, cabe determinar el concepto de extranjero en la legislación española y comentar brevemente su status jurídico. Actualmente se encuentra en vigor la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁴⁵ (a la que nos referiremos como Ley de extranjería⁴⁶), una norma que ha sufrido diversas reformas tanto en sede legislativa como a través de las resoluciones del Tribunal Constitucional. De ello se desprende que el tema de los derechos fundamentales de los extranjeros es un asunto polémico en España. De acuerdo con la Ley de extranjería, se considerará extranjero a toda persona que carezca de la nacionalidad española, según lo dispuesto en su art.1.1; respecto de los extranjeros comunitarios, la norma especifica que se regirán por sus normas particulares y por la Ley orgánica, en los aspectos más favorables.

Respecto del status jurídico del extranjero, la Constitución española, en su art.13, establece que *“los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”*; por lo tanto, en principio, los extranjeros quedan asimilados a los ciudadanos españoles, siempre de acuerdo con lo dispuesto en dichas normas. Sin embargo, la regulación de los derechos de los extranjeros no llegó hasta 1985, cuando entró en vigor la Ley Orgánica 7/1985⁴⁷, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros. Antes de la promulgación de dicha norma, el TC ya se había pronunciado a este respecto en la sentencia 107/1984, una resolución de suma importancia para la regulación de los derechos de los extranjeros pues determinó, por primera vez, que estos poseían determinados derechos inherentes a la dignidad de la persona, de acuerdo con lo establecido en el art.10.1 CE; así expresaba el Alto tribunal que *“los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal. Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante*

⁴⁵ En su redacción dada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre, 14/2003, de 20 de noviembre, 2/2009, de 11 de diciembre, 10/2011, de 27 de julio, Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril y por la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 2013.

⁴⁶ Dicha denominación se ha elegido por meros motivos prácticos, a pesar de ser incorrecta, pues parece primar los aspectos de regulación de los flujos migratorios, cuando realmente establece derechos fundamentales, eso sí con mayor o menor acierto en lo referente a la protección de dichos derechos.

⁴⁷ BOE núm.158, de 3 de julio de 1985; vigente hasta el 1 de febrero de 2000.

*para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana*⁴⁸, esto en relación con el derecho a la vida, la integridad física y psíquica, la libertad ideológica o la intimidad, sin que quepa un trato diferenciado entre los extranjeros y los españoles.

La dignidad de la persona es la base de cualquier regulación de derechos fundamentales y *“la característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad – independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelva su vida – que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes*⁴⁹; y ello a pesar de que el legislador lo haya olvidado en algún momento y haya sido el TC el órgano que ha corregido las desviaciones legislativas en relación con los derechos fundamentales, teniendo en cuenta además el desarrollo del fenómeno migratorio en España⁵⁰. De hecho, el caso más reciente, y en relación directa con los derechos sociales, se encuentra reflejado en las sentencias del TC 236/2007⁵¹ y 259/2007⁵² recaídas sobre los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la LO 4/2000 reformada por la LO 8/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros⁵³. La temprana reforma de la LO 4/2000, apenas unos meses después de su entrada en vigor, trajo consigo una importante, y grave, disminución de los derechos fundamentales de los que podían gozar no sólo los extranjeros en situación regular, sino también los que no ostentaban una autorización para residir y trabajar, siendo estos últimos los más perjudicados, pues se condicionaron a la posesión de autorización de

⁴⁸ Fundamento jurídico 3, sentencia del TC 107/1984, de 23 de noviembre; BOE núm. 305 de 21 de diciembre de 1984.

⁴⁹ M.A. ALEGRE MARTÍNEZ *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996.

⁵⁰ En relación con la actividad jurisdiccional del TC y la regulación de los derechos fundamentales de los extranjeros, véase D. TERRÁDEZ SALOM *“La importancia de la interacción entre normativa y jurisprudencia en el diseño del estatus jurídico del extranjero”* (85-112) Revista CEF Legal, núm.106, noviembre 2009.

⁵¹ Sentencia del TC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, BOE núm.295 de 10 de diciembre de 2007.

⁵² Sentencia del TC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007, BOE núm.19 de 22 de enero de 2008.

⁵³ *Ley Orgánica 8/2000, 22 diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*; BOE núm.307 de 23 diciembre.

residencia y trabajo el ejercicio del derecho de huelga, sindicación o asociación, entre otros⁵⁴.

Dicha reforma provocó que determinadas instituciones, tanto estatales como autonómicas, presentaran recurso de inconstitucionalidad⁵⁵ contra la reforma de la LO 4/2000, pues el legislador dispuso de determinados derechos sociales que en la CE se encuentran reconocidos a todas las personas, sin distinción alguna. Básicamente, el TC acogió la inconstitucionalidad de la redacción dada por la LO 8/2000 a los derechos mencionados anteriormente, al relacionar su disfrute con la garantía de la dignidad de la persona, de acuerdo con la interpretación dada por los tratados y convenios internacionales siguiendo el mandato del art.10, 2 CE; a modo de ejemplo, puede mencionarse el Fundamento jurídico 6 de la STC 236/2007, en relación con el derecho de reunión, en donde el TC afirma que *“la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre. [...] El legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre”*. Consiguientemente, se enlazan aquí el concepto de dignidad de la persona y el contenido mínimo de los derechos, algo que el legislador no puede modelar sin limitaciones, para otorgar el derecho de reunión, en este caso, a los extranjeros en situación irregular.

Respecto del derecho de huelga, la STC 259/2007 estableció su vinculación el derecho de sindicación y que es un derecho fundamental de defensa de los intereses de los trabajadores, independientemente de su situación jurídica, *“entre los que puede encontrarse la consecución de la plena regularidad de su situación administrativa. De ahí que no resulte absurdo, como alega el Abogado del Estado, reconocer este concreto*

⁵⁴ Debemos realizar en este punto una referencia al artículo publicado en la Revista de Derecho Migratorio y Extranjería núm.1, 2002, por E. SAGARRA TRÍAS *“Un nuevo “status” de extranjero en España (el inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)”* donde se describe la situación que creó la reforma del la L.O. 4/2000 (tanto la 8/2000 como las posteriores), dando lugar a absurdos jurídicos y concibiendo un nuevo concepto de excluido social.

⁵⁵ Son varias las resoluciones emitidas por el TC durante el 2007 en relación con los recursos de inconstitucionalidad contra la reforma de la LO 4/2000, si bien, por todas, únicamente se comentarán las mencionadas en el texto principal.

*derecho a los extranjeros no autorizados administrativamente para trabajar en España, quienes pueden ejercerlo para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma*⁵⁶.

Esta breve aproximación a la legislación desarrollada en España en materia de extranjería y de los derechos fundamentales de los extranjeros pretende mostrar la dificultad que ha entrañado siempre la regulación de estos asuntos, muy sometidos a los vaivenes políticos y poco dada a dotar a las personas migrantes de un catálogo de derechos fundamentales que garantice su dignidad, independientemente de su situación administrativa. Y dicha dificultad queda reflejada en los obstáculos que ha encontrado el CEDS para determinar si España cumple con las exigencias derivadas del art.19 CSE⁵⁷, y que a continuación se analizan.

La primera decisión de no conformidad con lo establecido en el art.19 CSE, puede encontrarse en las conclusiones presentadas al primer informe de España⁵⁸, en relación con la normativa sobre entrada, permanencia y salida de los extranjeros, condiciones reguladas por el Decreto 522/1974 y exactamente, con la expulsión de extranjeros. El CEDS entendió que las causas de expulsión de los extranjeros establecidas en dicho Decreto eran más numerosas que las detalladas en la CSE⁵⁹, pues se consideraban causas de expulsión, además de la comisión de delitos o tener antecedentes penales, la existencia de una decisión judicial o disposición legislativa que así lo determinara así como la *“forma de vida, actividades que desarrollan, [o] conductas que observen”*⁶⁰, causas imprecisas y lo suficientemente vagas como para dar cabida a expulsiones arbitrarias. La conclusión sobre la no conformidad de la disposición nacional con la CSE podría achacarse no solo a los motivos que pudieran dar lugar a la expulsión⁶¹,

⁵⁶ Fundamento jurídico 7 STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007.

⁵⁷ El art.19 CSE es uno de los más extensos de la Carta, pues abarca numerosos compromisos que deben adoptar los Estados en relación con las diferentes situaciones de necesidad en las que se pueden encontrar el trabajador migrante y su familia. Así establece la necesidad de informar sobre las oportunidades que ofrece el país de acogida, el trato no menos favorable de los trabajadores migrantes respecto de los originarios del país en materia de salario, derecho a sindicarse, alojamiento, impuestos, acceso a la justicia, entre otros.

⁵⁸ CEDS, Conclusiones VIII de 31 de octubre de 1984.

⁵⁹ Art.19, 8 CSE: Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia en el territorio de cualquier otra parte contratante, las partes contratantes se comprometen: 8) *A garantizar a dichos trabajadores, cuando residan legalmente dentro de su territorio, que no podrán ser expulsados, excepto si amenazaren la seguridad del Estado o atentaren contra el orden público o las buenas costumbres.*

⁶⁰ Art. 29 Decreto 522/1974, de 14 de febrero, BOE núm.50 de 37 de febrero de 1974

⁶¹ En estas primeras conclusiones del CEDS respecto de España, al analizar las causas de expulsión establecidas en el Decreto 522/1974, el Comité introdujo ya una referencia a la jurisprudencia (referencia de carácter general) para afirmar que los motivos de la norma española superaban los adoptados por la CSE.

sino también al carácter preconstitucional de la norma, y por lo tanto no adaptado a los estándares de derechos humanos contenidos en la Constitución; sin embargo, tras la promulgación de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros, la conclusión del CEDS respecto de las causas de expulsión de los extranjeros fue, de nuevo, la no conformidad con lo establecido en la CSE, pues se incluían como causas de expulsión⁶² la práctica de la mendicidad o las actividades contrarias a los intereses de España que pudieran perjudicar sus relaciones con otros países e, incluso, el estar trabajando sin autorización para ello, aunque dispusiera de permiso de residencia: el CEDS concluyó la no conformidad por no constituir dicha circunstancia una amenaza contra la seguridad del Estado, atentado contra el orden público o las buenas costumbres, de acuerdo con lo dispuesto en el art.19, 8 CSE.

Tras la promulgación de la nueva Ley orgánica 4/2000 en su redacción dada por la Ley orgánica 8/2000, la situación de no conformidad respecto de lo establecido en el art.19, 8 CSE no cambió, a pesar de haberse establecido otras causas para proceder al trámite de expulsión⁶³. El CEDS observó asimismo que España no había aclarado si con respecto a un extranjero, que hubiera cometido tres delitos y llevado a cabo actividades contrarias al orden público, durante la tramitación de su expulsión era posible tener en cuenta el comportamiento global de la persona y su integración durante la tramitación de su expulsión⁶⁴.

Ante esta falta de datos, el CEDS reiteró su solicitud de información en ese sentido. Resulta habitual encontrarse en numerosas conclusiones del CEDS, no solo respecto de España, requerimientos del Comité a los Estados, de mayor información e incluso incidir de nuevo en aspectos que no se han aclarado en anteriores informes, por lo que la labor del CEDS se ve seriamente obstaculizada al no disponer de los suficientes datos para establecer su decisión. Esta situación podría ser un reflejo de la debilidad del sistema de informes debido a la falta de voluntad de los Estados, por una parte, y por

62 Art. 26: Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del director de la seguridad del estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes: a) Encontrase ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, de permiso de residencia, cuando fueren exigibles. b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido. c) Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países. d) Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados. e) Incurrir en demora u ocultación dolosas o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior, las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14. f) Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.

63 Conclusiones XVII-1 - Tomo 2 de 28 de febrero de 2005.

64 Conclusiones XVII-1 : *“Le Comité a également relevé qu’un travailleur migrant peut être expulsé lorsqu’il mène ou participe à des actions contraires à l’ordre public et lorsqu’il s’est rendu coupable de trois infractions pénales graves de même nature, et a demandé si la décision d’expulsion tient compte du comportement global de la personne concernée ainsi que de la nature et de l’importance de son intégration. Faute de réponse, il renouvelle sa question”*.

otra, a la carencia, por parte del CEDS, de un verdadero poder compulsivo que pudiera obligar a las partes contratantes a facilitar la información necesaria para realizar su trabajo de forma adecuada. Obviamente, esa problemática es análoga en lo que atañe a la ejecución de todos los compromisos internacionales en el ámbito doméstico.

De acuerdo con lo visto hasta ahora, y a modo de recapitulación de este apartado, la CSE únicamente resulta aplicable, en principio, a los extranjeros en situación de regularidad; si bien, el CEDS, salvando lo dispuesto por la letra de la CSE, ha reconocido que determinados derechos, por estar ligados a la dignidad de la persona, deben ser garantizados a todas las personas con independencia de su situación administrativa pues *“la dignidad humana representa el valor fundamental que se encuentra en el corazón del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos – tanto si se trata de la Carta Social Europea como si se trata del Convenio Europeo de Derechos Humanos”*⁶⁵. La realidad muestra que una proporción bastante numerosa de personas migrantes no ha alcanzado o ha perdido dicha regularidad administrativa. Esta situación los coloca al margen del sistema, abocándolos a la exclusión social, por lo que su situación, desde la perspectiva del CEDS que, recordemos, ha subrayado que la CSE es un instrumento vivo, vulnera lo establecido en la Carta, al no quedar garantizada su propia dignidad.

IV. LAS CONCLUSIONES XX-2. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO A LA SALUD Y LAS PERSONAS MIGRANTES

Las últimas conclusiones del CEDS fueron publicadas el pasado mes de enero de 2014 y analizan los derechos del grupo temático correspondiente a la salud, la Seguridad Social y la protección social⁶⁶. El periodo de referencia de las conclusiones se extiende desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011 y, en resumen, el CEDS ha encontrado 9 situaciones de conformidad y 6 de no conformidad, y 2 situaciones donde el CEDS ha estimado necesaria una mayor información antes de entrar a valorar

⁶⁵ CEDS Apartado 31 de la Decisión de fondo de fecha 7 de septiembre de 2004 sobre la reclamación nº14/2003, caso Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Francia.

⁶⁶ Artículos 3 (derecho a la salud e higiene en el trabajo), 11 (protección de la salud), 12 (derecho a la Seguridad Social), 14 (derecho a los beneficios de los servicios sociales) y el artículo 4 del protocolo de 1988 (derecho a protección social de las personas mayores).

la conformidad⁶⁷. El informe presentado por España, comentado en el apartado segundo de este trabajo, vuelve a carecer de la información suficiente para que el CEDS pueda entrar a valorar la conformidad de la práctica y legislación españolas con la CSE, una actitud que se ha repetido a lo largo de los años, desde que España quedó sometida al procedimiento de informes, lo que denota la falta de interés de los diferentes gobiernos en relación con los derechos sociales y en particular con sus obligaciones internacionales.

El presente apartado se centra únicamente en el análisis efectuado por el CEDS respecto del art. 11 de la CSE y las reflexiones realizadas por este en referencia a la exclusión del sistema público de asistencia sanitaria, de los extranjeros en situación irregular⁶⁸.

De acuerdo con lo avanzado en el segundo apartado de este trabajo, el RDL 16/2012 dejó fuera del sistema público de salud a los extranjeros en situación irregular, argumentando la medida en la necesidad de reducir el déficit económico de la sanidad pública, provocado por el turismo sanitario. El Comité, pese a advertir que el RDL 16/2012 se sitúa fuera del periodo de control y que no puede entrar a establecer la conformidad de esta norma con la CSE, realiza una serie de observaciones al gobierno español, a modo de advertencia.

De forma tajante, el CEDS afirma que denegar el acceso de los extranjeros, en situación irregular, a la asistencia sanitaria supone una vulneración de lo dispuesto en el art. 11 de la CSE y para ello utiliza la jurisprudencia⁶⁹ emanada del procedimiento de reclamaciones colectivas. En primer lugar, el Comité hace referencia a la decisión sobre el fondo recaída en el asunto Médicos del Mundo-Internacional contra Francia⁷⁰, donde en su párrafo 144 afirma que los Estados parte en la Carta poseen obligaciones positivas en relación con el acceso a la asistencia sanitaria por parte de los extranjeros, independientemente de su situación administrativa; asimismo, el Comité, en la mencionada decisión, establece que los Estados deben de tomar las medidas adecuadas tendentes a la desaparición de las causas que puedan provocar un deterioro de la salud,

⁶⁷ El CEDS advierte además que la falta de información supone quebrantar el compromiso adquirido por el Estado español respecto de la CSE e insta a España a proporcionar la información necesaria en el próximo informe.

⁶⁸ Para un análisis completo de las últimas Conclusiones del CEDS véase C. SALCEDO BELTRÁN "Incumplimientos por España de la Carta Social Europea. Conclusiones XX-2 (2013) del Comité Europeo de Derechos Sociales", Estudios nº82, Fundación 1º de mayo, febrero 2014.

⁶⁹ Por ello puede afirmarse que, pese a que España no haya ratificado el Protocolo sobre reclamaciones colectivas, su jurisprudencia resulta de aplicación en nuestro país, pues esta interpreta los derechos establecidos por ambas versiones de la CSE y, en nuestro casos sería de aplicación la interpretación de los preceptos de la CSE originaria.

⁷⁰ Reclamación nº 67/2011, decisión sobre el fondo de 11 de septiembre de 2012.

siendo la principal medida la garantía del acceso a la asistencia sanitaria para toda la población. A mayor abundamiento, el Comité afirma que "*la asistencia sanitaria es un prerrequisito para la preservación de la dignidad humana y la dignidad humana es el valor fundamental y además el núcleo de la normativa europea de derechos humanos - tanto bajo la Carta Social Europea como bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos*"⁷¹, lo que evidencia no solo la importancia del derecho a la salud, sino también la necesidad de establecer el principio de indivisibilidad de los derechos humanos para que la dignidad humana quede garantizada.

En cuanto a las razones que alega el legislador español respecto de la necesidad de las medidas adoptadas en el RDL 16/2012 para evitar un crecimiento del déficit económico, el Comité recuerda que "*la crisis económica no puede servir como pretexto para la restricción o denegación del acceso a la asistencia sanitaria*", máxime cuando no se han realizado estudios sobre posibles alternativas, ni sobre los efectos de dichas medidas, ni tampoco se han realizado consultas con los agentes sociales⁷².

El Comité, por último, y dado que el RDL 16/2012 queda fuera del periodo de referencia, afirma que no puede entrar a establecer la no conformidad de esta norma con la CSE; sin embargo advierte al Gobierno español que si dicha norma se mantiene, las próximas conclusiones sobre el art. 11 CSE serán negativas.

Las declaraciones del Gobierno, posteriores a la publicación de las Conclusiones, siguieron tres líneas distintas⁷³, siendo la más lamentable la referente a que la norma se halla fuera del periodo de referencia, por lo que no quedan afectados por las precisiones del Comité. Sin embargo debe advertirse, tanto a los representantes del Gobierno, y especialmente a la titular del Ministerio de Sanidad que "*dicha circunstancia temporal no permite relativizar el pronunciamiento del Comité Europeo de Derechos Sociales, [...] puesto que, dejando a un lado la cuestión menor del período de referencia, el Comité es contundente al señalar que la exclusión de los extranjeros irregulares es contraria al art.11 de la Carta Social Europea*"⁷⁴.

⁷¹ Decisión sobre el fondo, de 8 de septiembre de 2004, recaída en el asunto Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos contra Francia, reclamación nº14/2003, párrafo 31: "*health care is a prerequisite for the preservation of human dignity and that human dignity is the fundamental value and indeed the core of positive European human rights law – whether under the European Social Charter or the European Convention on Human Rights*".

⁷² De acuerdo con la decisión sobre el fondo recaída en la reclamación 76/2012 IKA-ETAM contra Grecia, de 7 de diciembre de 2012.

⁷³ Véase B. CARDONA RUBERT y C. SALCEDO BELTRÁN "*Gobierno y Carta Social Europea: por las buenas o por las malas*" publicado en el blog "[Al revés y al Derecho](#)" de Infolibre, febrero 2014.

⁷⁴ Opus cit.

De la misma forma, deberían ser conscientes de las obligaciones internacionales adquiridas tras la ratificación de la CSE, que no pueden obviar ni posponer, de acuerdo con el principio "*pacta sunt servanda*".

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, no es baladí el afirmar que el cumplimiento de lo establecido en las Conclusiones emitidas por el CEDS, puede calificarse de decepcionante. Los respectivos gobiernos parecen no ser conscientes de sus obligaciones internacionales, pues en los informes periódicos presentados ante el CEDS, que dan cuenta de los avances que se realizan respecto de la aplicación de los preceptos de la CSE, los requerimientos del CEDS de mayor información son desoídos repetidamente o, lo que es aún más grave, se facilita información que no se corresponde del todo con la realidad del país. A ello debe añadirse el incumplimiento de las interpretaciones realizadas por el CEDS respecto de la mejora de determinados derechos, siendo el caso más flagrante y actual el relativo a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular. Los compromisos adquiridos tras la ratificación de la CSE en 1980, parecen esfumarse a la vista de la actuación de España ante el Comité, lo que repercute gravemente en la concepción de un Estado social sólido. Además, esta actitud indiferente hacia los derechos sociales, llegando incluso a disponer de ellos bajo argumentos economicistas, ahonda aún más la brecha entre los derechos civiles y los derechos sociales, quebrando así el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales.

A la vista de todo lo expuesto anteriormente, puede proclamarse, en general, que es necesario, no solo la debida ratificación de la CSE y del protocolo de reclamaciones colectivas; resulta de una necesidad imperiosa promocionar el conocimiento y utilización de la CSE en todos los ámbitos, tanto institucionales como sociales, pues, dada su continua actualización a través de la actividad del CEDS, es un instrumento imprescindible para la consecución y refuerzo de nuestro Estado social y democrático de Derecho, cuyo eje ha de ser, no solo el respeto de la dignidad de la persona, sino también el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, dejando de lado criterios economicistas y argumentos vacuos que ponen actualmente en peligro la dignidad de la persona. Por lo demás, esa misma necesidad imperiosa de promoción y difusión resulta trasladable al ámbito universitario, lo cual en última instancia

constituye el motivo principal para la presentación de esta comunicación. La Carta Social Europea debe convertirse en la herramienta principal de juristas y estudiantes interesados en la construcción, como ya he dicho, de un Estado social fuerte, de un Estado social que garantice como es debido la dignidad de la persona.