

ESTRANGERS I DRET A LA SALUT: DRET O TOLERÀNCIA?¹

Carlos Alberto Alonso Espinosa

Becari de Recerca i Docència de la Universitat de Barcelona

Sumari

- 0. El dret dels estrangers a la protecció de la salut
- 1. Els estrangers i el dret a la protecció de la salut
 - 1.1. Les circumstàncies modificatives de la capacitat de l'administrat i el dret a la salut (qui?)
 - 1.1.1. La nacionalitat i la residència
 - 1.1.2. L'edat i la maternitat
 - 1.2. L'assistència sanitària: corollari del dret a la salut (què?)
 - 1.2.1. Pública o privada
 - 1.2.2. Gratuïta o onerosa
 - 1.3. El valor jurídic dual del dret a la salut; les influències del dret europeu (com?)
 - 1.4. Drets universals i immigració econòmica; les situacions de tolerància (quant?)
 - 1.4.1. Immigració econòmica i universalitat dels drets
 - 1.4.2. La tolerància per raons humanitàries
- 2. Dret a la salut i dret d'estrangeria
 - 2.1. Celeritat *versus* control judicial
 - 2.2. Règim jurídic de l'expulsió
 - 2.3. Límits a l'execució de l'expulsió per raons humanitàries
- 3. Final feliç?
- 4. Bibliografia

0. El dret dels estrangers a la protecció de la salut

*«A Claudia le salva la cigüeña. Una pareja rumana tiene un bebé durante el trayecto de repatriación. Habían sido detenidos en Córdoba sin la pertinente documentación, lo que provocó el expediente de expulsión que el miércoles se ejecutaba. Según informó el comisario jefe de policía de Jaén, en estos casos la ley prevé la puesta en libertad de la pareja basada en razones humanitarias».*²

Entre totes les imatges que dia rere dia arriben als nostres ulls a través dels mitjans de comunicació hem escollit aquesta, de final "feliç". L'interès jurídic de la història no és menor que el periodístic (la criatura neix a un bar de carretera assistida per la cambrera, que fa de llevadora). La realitat supera la ficció. Els nostres herois passen aventures i, al final, han de necessitar assistència sanitària. Aquest estudi només pretén fer una presentació sintètica del dret d'estrangeria davant d'esdeveniments naturals com la malaltia i el naixement, la vellesa, etc.

1. Aquest article és el resultat d'un treball de doctorat en el marc de l'assignatura de doctorat en dret administratiu de la Universitat de Barcelona «Europètzació dels drets fonamentals», impartida per Vicenç Aguado i Cudolà i Francisco J. Rodríguez Pontón. La recerca s'integra en el Projecte de recerca BJU3151-2001, *Gobierno y Administración en el proceso de integración europea: los retos del Estado regulador*, 2001-2004 (investigadora principal: Dra. Elisenda Malaret i Garcia).

2. Fragments extrets de l'article de contraportada d'*El País* del dia 16 de gener de 2004.

Serán dos els eixos principals del treball. Un primer, de caire constitucional, es dedicarà a examinar l'estructura del dret a la salut per respondre a les qüestions següents: tenen els estrangers dret a rebre tractaments sanitaris? En quina mesura? Per això examinarem la seva configuració normativa en relació amb el dret intern però també amb el dret europeu. Aquesta anàlisi és especialment pertinent atesa la connexió existent entre el dret constitucional i el dret europeu.

Després, i perquè la tasca sigui més fèrtil, abordarem la normativa d'estrangeria des d'un punt de vista juridicoadministratiu. Ens centrarem en el procediment d'expulsió, que serà el contingut del nostre tub d'assaig. L'expulsió, en tant que mesura d'allunyament, permet que el Govern faci fora del territori els estrangers que no respectin la normativa. Però sabem bé que el poder no és il·limitat i que els primers límits, de concepció liberal, són els drets de les persones. Estudiarem com actuen els drets limitant les facultats de l'Administració.

En darrer terme, i atès que moltes de les pistes en la construcció de la nostra argumentació són ofertes pel dret europeu, veurem com incideix en aquest camp. El dret a la protecció de la salut és per a nosaltres un dret social que desenvolupa la clàusula genèrica d'Estat social de l'art. 1.1 CE (Navarro, 1997, p. 487), que té l'estructura d'un dret prestacional, de tal manera que de la seva configuració depèn la seva consideració com a dret subjectiu (Aparicio, 1996, p. 199-200). Però la jurisprudència europea dóna una nova textura a les constitucions nacionals i als drets que s'hi enuncien, i això es denomina *europèització*. Quines conseqüències es deriven d'aquest procés d'integració jurídica?

1. Els estrangers i el dret a la protecció de la salut

Ens interessa, per començar, saber de què estem parlant. Òbviament, parlem del dret a la protecció de la salut (en endavant, utilitzarem els termes *dret a la salut*), però la tasca és més complexa del que sembla a primera vista, perquè les nostres normes jurídiques utilitzen categories per assignar drets a les persones o negar-los-hi. Així, en un moment, buscarem aquestes categories (edat, sexe, etc.) i examinarem en cada moment quina és la conseqüència jurídica que se'n desprèn en termes de drets a rebre prestacions, qualitats de les prestacions, onerositat, gratuïtat, etc.

1.1. *Les circumstàncies modificatives de la capacitat de l'administrat i el dret a la salut (qui?)*

Qui té dret a la protecció de la salut? Per respondre aquesta pregunta, més complexa del que sembla, veurem quines diferències estableixen les normes jurídiques, que conformen l'àmbit subjectiu del dret a la salut.

Art. 15 CE: «Tots tenen dret a la vida i a la integritat física i moral, sense que, en cap cas, puguin ser sotmesos a tortures ni a penes o tractes degradants o inhumans.»

Art. 43 CE: «1. És reconeix el dret a la protecció de la salut. 2. És competència dels poders públics organitzar i tutelar la salut pública a través de mesures preventives i de les prestacions i serveis necessaris. La llei establirà els drets i deures de tots a aquest respecte.»

El principi d'igualtat és, a la nostra Constitució, un valor superior de l'ordenament jurídic (art. 1.1 CE). És a dir, que totes les normes i els actes aplicables de les lleis estan sotmeses a aquest principi. Immediatament després, els drets i deures dels ciutadans també estan sotmesos al principi d'igualtat i així ho predica l'art. 13 CE. Aquest article enuncia que «els estrangers gaudiran a Espanya de les llibertats públiques que garanteix el present títol en els termes que estableixin els tractats i la llei». D'aquí es pot extreure un principi d'igualtat entre estrangers i nacionals referida als drets de llibertat. Aquest concepte s'ha d'interpretar de manera no restrictiva i engloba tots els drets que són imprescindibles per a la garantia de la dignitat humana³ (per a l'estudi de la jurisprudència constitucional en aquesta matèria, vegeu Borrajo, 1991, p. 763). Ara bé, aquesta igualtat no és absoluta i la mateixa Constitució no permet que es pugui predicar de tots els drets. Entre els drets que no són garantits a tothom en les mateixes condicions (a més dels que es refereixen a la participació als afers públics) trobem els principis rectors de la vida social i econòmica. La garantia d'aquests drets la defineix la llei. Com afecta això l'àmbit del nostre treball, el dret a la salut? A l'efecte d'aquest estudi, cal veure quin paper té el principi d'igualtat constitucionalment i legalment en relació amb el dret a la protecció de la salut (per qüestions pragmàtiques, utilitzaré l'expressió *dret a la salut*).

Aquesta configuració constitucional dona lloc a la situació següent. El dret a la salut és un principi rector de la política social i econòmica. És un dret social, inscrit en el capítol tercer del títol I de la CE. L'art. 53.3 CE els atorga una protecció reduïda («informaran la legislació positiva i l'actuació dels poders públics. Només podran ser al·legats davant la jurisdicció ordinària d'acord amb el que disposin les lleis que els despleguin»). D'aquesta manera podem dir que són drets garantits constitucionalment, però de configuració legal.⁴ La legislació estableix diferenciacions, basades en consideracions subjectives.

Per tal d'afinar en el nostre examen i veure quina és la configuració legal del dret a la salut en relació amb els ciutadans estrangers, prendrem en préstec la categoria de les circumstàncies modificatives de la capacitat de l'administrat (García de Enterría i Fernández, 1993, p. 22), ja que és la clau per comprendre la complexitat tècnica de la normativa que analitzarem. Aquestes circumstàncies modificatives de la capacitat de l'administrat són situacions que determinen el canvi de la posició de la persona enfront de l'Administració i poden donar lloc a prestacions o a limitacions de l'Administració.

1.1.1. La nacionalitat i la residència

Certament, les normes jurídiques introdueixen diferenciacions de tota mena. La primera és la nacionalitat. La nacionalitat està bàsicament regida pel principi de territorialitat. En el nostre dret, la nacionalitat espanyola té com a conseqüència la plenitud en el gaudiment dels drets i els deures públics, a la ciutadania (*Ibidem*, 23). Els espanyols i els estrangers residents són titulars del dret a la salut (art. 1.2 i 3 LGS).

3. Per totes, STC 107/1984, de 23 de novembre (FJ 3).

4. STC 95/2000, de 10 d'abril (FJ 3).

Entre els no nacionals podem distingir deferents situacions. El no nacional pot ser resident o no resident. El no resident, segurament, serà un turista o una persona en trànsit o la seva estada estarà caracteritzada per la provisionalitat. En aquesta categoria podríem incloure els comunitaris, que, a més, tenen llibertat de circulació. El SNS no assumeix les despeses per determinats tractaments i aquestes persones hauran de pagar el cost del servei (vegeu l'art. 16 LGS) i demanar el reembossament al seu país d'origen, a excepció que aquesta situació estigui prevista per un instrument de dret internacional (art. 1.3 LGS). Quant als ciutadans comunitaris, la lliure circulació de persones i serveis introdueix modificacions, i en determinats casos (quan l'Estat del nacional no permet un tractament de qualitat o en un termini) els ciutadans comunitaris poden accedir al servei en un altre Estat membre i demanar un reintegrament de les despeses a l'Estat de què són ciutadans. Aquesta situació està perfectament retratada al cas Müller-Fauré.⁵ En aquests supòsits es preveuen autoritzacions per rebre serveis sanitaris en altres estats.

Quant als estrangers no comunitaris i no residents, el règim és el mateix (consideració de pacients privats), tot i que amb determinats matisos. La qüestió està regulada per algunes disposicions disperses en l'ordenament d'estrangeria. L'art. 12 TIDILE reconeix, en tot cas, un dret a rebre tractaments mèdics urgents davant de malalties greus o accidents. També es garanteix l'assistència sanitària davant de problemes de salut relacionats amb el desplaçament (vegeu l'art. 131 REDILE). Aquesta prestació és de caràcter públic (Alonso Pérez, 2002, p. 136), i representa una obligació d'actuació pública, tot i que normalment hi cooperen organitzacions sense afany de lucre. Aquesta col·laboració respon més a un concepte de beneficència que d'assistència social (tal com la descriu Marsal, 2002, p. 226), però, en tot cas, no es pot dir que les administracions sanitàries se'n desentenguin, sinó que fan prestacions d'atenció sanitària o les financen. D'això, se'n diu *acollida bàsica*:⁶ els serveis són prestats per les CA i finançats conjuntament per l'Estat i les CA, mitjançant la subscripció de convenis bilaterals de col·laboració (García Morales, 2001, p. 59).

Entre els residents no nacionals trobem també aquells que estan en centres d'internament, en espera de la resolució d'un procediment d'allunyament. La normativa que regeix en aquesta matèria (a més de la que conté el TIDILE i el REDILE) és l'OMCEI. L'internament ha estat objecte d'anàlisi per part de doctrina (entre els quals destaca la crítica realitzada per Silveira, 1996, p. 151, entre d'altres) i tribunals (STS de 24 de gener de 2001). Des del punt de vista formal no és prou clara quina és la naturalesa jurídica de l'OMCEI, si reglament organitzatiu o desplegament del TIDILE i del REDILE. En tot cas, aquesta OMCEI suposa, almenys, una mínima garantia organitzativa orientada a resoldre els problemes de salut sorgits en el desplaçament. Així, disposa l'obligatorietat d'un examen mèdic dels interns a l'entrada i la sortida del centre i la possibilitat d'hospitalització dels interns, amb independència de la regularitat i les qüestions relatives al sistema de Seguretat Social. Per tant, podríem dir que és un reglament de naturalesa híbrida que regula aspectes relatius a

5. STJCE de 13 de maig de 2003 (C-385/99, cas Müller-Fauré).

6. Per a Catalunya, vegeu el Conveni de col·laboració de 2 de gener de 2002, publicat al BOE de 29 d'octubre. La pròrroga per al 2003 es troba al BOE de 23 de juliol de 2003.

l'organització i uns altres de substantius en tant que determinen una certa prestació (hospitalització i activitats de control de la salut a l'entrada i la sortida dels centres).

Finalment, trobem els residents no comunitaris que no estiguin immersos en un procediment d'allunyament, aquells que no han realitzat els tràmits que requereix la normativa per tal d'adquirir l'estatus de la *regularitat* (autorització de residència, Velasco, 2004, p. 4), i que no estan de turisme o ocasionalment. Aquest estatus dóna accés a la titularitat dels drets regulats al TIDILE, que exigeix l'empadronament. A Catalunya, aquesta qüestió està regulada a l'Ordre de 13 de novembre de 1990 i a la Instrucció 1/93 del Servei Català de la Salut (en aquesta matèria s'ha consultat Saura Súcar, 2001).

Aquest condicionament del dret a la salut a la situació de regularitat i l'empadronament (actuació conforme a la legalitat vigent) ha estat debatut per la doctrina. Motivació financera (Del Val, 2001, p. 51) o tracte discriminatori injustificat (Usúa, 2001, p. 644), em sembla encertat destacar que es tracta d'una distribució de funcions que descarrega en les administracions locals els problemes derivats de la immigració econòmica (Aguado Cudolà, 2002, p. 18).

1.1.2. L'edat i la maternitat

L'edat i la maternitat afecten també les relacions entre les persones i l'Administració sanitària. En el cas que citàvem al principi la situació és clara. A part de la situació en què queda el procediment d'expulsió (qüestió que serà objecte d'estudi més endavant), el que ens interessa és la protecció que la normativa ofereix a les persones per qüestions tan importants com la infància o la maternitat.

L'art. 12 TIDILE, als apartats 3 i 4, ofereix a menors i dones embarassades una protecció que no introdueix condicionaments (com abans ho era la regularitat). Aquesta prestació donarà lloc a la recepció de serveis sanitaris en igualtat de condicions amb els espanyols.

La infància. Quant als menors, la seva protecció és establerta a la Convenció de les Nacions Unides de 20 de novembre de 1989 sobre els Drets del Nen (i aquesta és la norma que dóna el contingut a l'article 39.4 de la Constitució). Quant a la salut, l'articulat és suau, ateses les característiques heterogènies de les societats de tot el món en què s'han d'aplicar, però reconeix «el dret del nen al gaudiment del nivell més alt possible de salut i a serveis per al tractament de les malalties i la rehabilitació de la salut». Això dependrà en gran mesura de les polítiques internes dels estats que ratifiquin el tractat. Vegem què hi diu la legislació aplicable a Catalunya.

Llei de protecció jurídica del menor:⁷ l'article 10 (títol I, capítol III, «De les mesures i principis rectors de l'acció administrativa») de la Llei garanteix als menors estrangers els drets a l'educació, l'assistència sanitària i altres prestacions públiques.

La Llei catalana de protecció dels menors⁸ dedica un capítol sencer (la Llei en té set) a l'àmbit de la salut. L'art. 25 diu que «tots els infants i els adolescents de

7. Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.

8. Llei 8/1995, de 27 de juliol, d'atenció i protecció dels infants i els adolescents i de modificació de la Llei 37/1991, de 30 de desembre, sobre mesures de protecció dels menors desemparats i de l'adopció.

Catalunya tenen dret a la protecció i a la promoció de la salut i a l'atenció sanitària, d'acord amb el que disposa la legislació vigent». A continuació desenvolupa el dret i les seves característiques.

Sense entrar en la discussió a l'entorn dels títols competencials,⁹ és clar que l'infant té dret a prestacions sanitàries de qualitat òptima, que són prestades per les institucions autonòmiques sanitàries. Pel que fa als serveis d'atenció al menor, i en cas que fos necessari, són competència dels òrgans competents en matèria de protecció de menors, autonòmics també. En tot cas, el menor no ha de trobar cap entrebanc per gaudir dels serveis de tota mena (sanitaris i socials, Aja-Moya, 2003, p. 47 i s.).

La maternitat. La maternitat origina una situació que estaria a mitges entre la situació en què es troben els adolescents i els menors (diferenciada, però, en la urgència), que atén a una característica exclusiva de les dones (la maternitat). Així doncs, les normes ofereixen el dret a rebre unes prestacions derivades d'aquella situació. Aquesta tècnica seria equivalent a l'adoptada per al cas dels centres d'internament, ja que atorga una protecció més alta per raó de la urgència, i aquesta urgència no és perillosa només per a l'estat de salut, sinó també per a la pròpia vida i la integritat física. La diferència entre els dos supòsits és, no obstant això, notòria i, en el cas de la dona, és indispensable una hospitalització i un tractament més o menys llarg, indeterminable. En aquest cas es protegeix la vida de la mare i la del *nasciturus*, com a pressupòsit ontològic necessari per al gaudiment de la resta dels drets, en paraules del Tribunal Constitucional.¹⁰

La tercera edat. Parlem, en darrer lloc, de les persones que, per raó de l'edat, també poden trobar-se en una situació que, jurídicament, cal plantejar-se. Les persones grans tenen problemes i necessitats específiques a causa de la seva edat (incapacitat per treballar, manca de recursos). Aquí es podria reproduir la polèmica competencial però, a banda de la possibilitat de rebre pensions, la Llei catalana de serveis socials reconeix el dret de tots a rebre els serveis socials en l'àmbit de la Generalitat de Catalunya i els ens locals, entre els quals hem d'incloure l'assistència sanitària, tot i que es podrien reproduir els condicionaments de la regularitat i l'empadronament, que introdueix incerteses en detriment de la seguretat jurídica (Camós, 2002, p. 471).

1.2. *L'assistència sanitària: corol·lari del dret a la salut (què?)*

Fins ara hem pogut apreciar com les condicions subjectives condicionen de forma substantiva la configuració del dret a la salut, de tal manera que, de fet, condicionen el contingut de l'àmbit objectiu del dret. Passem, però, a definir aquest àmbit objectiu.

El dret a la salut es protegeix amb una acció positiva, una prestació. Aquesta prestació és l'assistència sanitària.¹¹ És per això que gairebé tota la doctrina parla del dret a l'assistència sanitària (em remeto a les obres citades a l'apartat anterior). Per tal

9. Reproduïda a la STC 239/2002, d'11 de desembre.

10. STC 53/1985, FJ 5è.

11. Aquí parlarem de l'assistència sanitària en general, tot i que existeixen determinades prestacions auxiliars que admetrien diferenciacions per la seva complexitat, com ara el servei de transport urgent sanitari o l'adquisició de determinats productes terapèutics (pròtesis, cadires de rodes).

d'examinar quin contingut té el dret a la salut, doncs, haurem d'esbrinar quins són els trets d'aquesta prestació.

L'assistència sanitària és un servei, una activitat tècnica que requereix una *expertise* determinada, d'una banda, i una organització dels recursos (també indispensables), d'una altra. Quant a la seva naturalesa jurídica, aquesta és d'arrendament de serveis (*do ut fcs*, 1544 Cc) i pot ser un arrendament de serveis *stricto sensu* (quan la prestació es limita a una cura extraordinària de la salut) o de subministrament (perquè pot donar lloc a relacions contínues). Tot i això, aquesta prestació no neix d'una relació juridicoprivada, sinó pública, i això introdueix matisos que cal tenir en compte. Per exemple, la llei configura un règim de gratuïtat molt estès, que veurem en l'apartat següent. Primer examinem quines són les modalitats de prestació dependent, en aquest cas, del prestador (públic o privat).

1.2.1. Pública o privada

Així, en alguns casos, serà l'aparell administratiu l'encarregat d'oferir aquest servei (model adoptat en la majoria de casos al continent europeu), mentre que, en d'altres, serà el sector privat qui ofereixi aquests serveis (el que més s'hi apropa és el model americà). Ara bé, no hi ha models purs i als sistemes sanitaris coexisteixen aquestes dues opcions.

El nostre sistema sanitari està organitzat com un conjunt denominat SNS. Quan parlem de SNS parlem d'un sistema en què la gestió és assumida per les CA, amb garantia de l'Estat (Pemán, 2002, p. 55) i la col·laboració també pels privats, perquè es permet la lliure iniciativa, que complementa el sistema sanitari públic (art. 89 i s. LGS). Parlem d'un sistema no monopolístic que organitza prestacions de servei públic (d'aquí la regularitat de les prestacions, i la garantia de l'accés en condicions d'igualtat i universalitat). El servei pot ser prestat pels privats, ja sigui per opció de l'usuari, ja sigui perquè es tracta de serveis que en un moment determinat no poden ser subministrats pel SNS, per raons d'urgència,¹² o quan concorren raons d'especialització. Quan es tracta de supòsits d'urgència, el SNS reinteгра les despeses, i quan es tracta de raons organitzatives, s'utilitza la tècnica del concert.

Una qüestió diferent és quines prestacions ha d'assumir (finançar) el sector públic, ja que en virtut de l'orientació de la seva activitat vers l'interès general algunes prestacions requeriran una organització i uns recursos extraordinaris per a l'Administració pública (que té també obligacions d'eficiència econòmica). Així, els serveis sanitaris poden ser prestats per organismes públics o privats i, en règim de dret públic (relació de dret públic que derivarà normalment en la gratuïtat de la prestació) o de dret privat (que suposaria l'exigència d'una contraprestació en pagament pels serveis prestats).

1.2.2. Gratuïta o onerosa

El vertader objecte del debat sempre es produeix respecte del finançament de les prestacions sanitàries. Els nacionals tenen un accés gratuït al sistema nacional de

12. Així succeeix en el cas examinat a la STSJAn 1030/2003, de 29 de maig.

salut (3.2 LGS), en condicions d'igualtat efectiva,¹³ tot i que determinats serveis no siguin garantits en règim de dret públic.¹⁴ És així com es configura la universalitat d'aquest dret a la salut.

Pel que fa als estrangers la normativa estableix diferenciacions. D'acord amb el que dèiem amb anterioritat, la prestació és gratuïta quan concorren circumstàncies d'urgència o en cas de maternitat, i també la dels menors, sigui quina sigui la seva circumstància. En la resta de casos i sempre que l'estada no sigui autoritzada o sigui per turisme, podem distingir entre els serveis i les prestacions socials bàsics, que estarien garantits per l'art. 14.3 TIDILE, i les prestacions de caràcter extraordinari, o de llarga durada. Aquestes prestacions, en principi, haurien de ser objecte de contraprestació pecuniària (d'igual manera que passa amb els serveis no inclosos a l'annex III del Reial decret 63/1995), amb l'excepció del que puguin establir els convenis internacionals (com ara en matèria de desplaçaments laborals o acadèmics). Quan els estrangers siguin residents, la gratuïtat dependrà de la regularitat de la seva estada i, en tot cas, del fet que estiguin empadronats, perquè així disposaran de la targeta sanitària (Saura Súcar, 2001).

També ha de quedar clar que l'abast de prestacions a què dóna dret el nostre ordenament no és immòbil, sinó que les realitats socials mostren noves necessitats en un sentit creixent. La jurisprudència va adaptant aquesta llista de prestacions per les implicacions que això suposa en el benestar dels ciutadans; un benestar no només físic¹⁵ sinó també psíquic.¹⁶ Aquesta assumpció de prestacions sanitàries *in crescendo* es consolida amb el temps, fenomen que la doctrina ha qualificat d'*irreversibilitat* (Navarro, 2002, p. 193).

1.3. *El valor jurídic dual del dret a la salut; les influències del dret europeu (com?)*

Fins ara hem vist com la normativa configura la titularitat del dret a la salut, com a desplegament de l'art. 43 CE. Hem treballat amb el dret a la salut com a principi rector, com a dret condicionat al desenvolupament normatiu.

Si més no, l'actuació del TEDH ofereix elements per a la reflexió. En efecte, el CEDH estableix un catàleg de drets que, *grosso modo*, són equivalents als drets fonamentals consagrats a la CE. Bàsicament es reconeixen drets de llibertat que no tenen un contingut prestacional. Juntament amb això, s'articula l'actuació del Tribunal a què ens referíem abans, el TEDH.

L'art. 10.2 de la CE remet a les normes de dret internacional (com el CEDH i, explícitament, a la Declaració Universal dels Drets Humans) per tal d'interpretar els drets reconeguts a la Constitució. I, perquè el TEDH interpreta el CEDH, hau-

13. Aquesta igualtat efectiva fou garantida en un primer moment pel Reial decret 1088/1989, de 8 de setembre, pel qual s'estén la cobertura de l'assistència sanitària de la Seguretat Social a les persones sense recursos econòmics suficients.

14. Vegeu l'annex III RD 63/1995, de 20 de gener, sobre ordenació de prestacions sanitàries del sistema nacional de salut.

15. STS de 23 de febrer de 1993, sobre pròtesis oculars i auditives, que caracteritza com a pròtesis especials, el finançament de les quals està condicionat a la concessió d'un ajut públic.

16. STJCat de 18 de febrer de 2003. Es dilucida la responsabilitat per al sistema sanitari públic sobre les operacions de reassignació (canvi) de sexe.

rem d'entendre els drets consagrats a la Constitució d'acord amb el TEDH. Aquesta instància internacional (que no supranacional, Queralt, 2003, p. 218), realitza un control de caràcter limitat (Andriantsimbazovina, 2002, p. 771) sobre les activitats públiques ja que només pot declarar l'incompliment i el dret a una compensació econòmica (funció de control). Ara bé, les decisions del TEDH condicionen l'actuació dels estats part del Conveni, que hauran d'adaptar la seva conducta i normativa interna als dictats del TEDH per evitar repetir condemna; és a dir, efectes *pro futuro* (funció correctora, Padrós i Roca, 1995, p. 268). Per tal d'il·lustrar aquesta situació, acudirem a alguns casos d'especial interès.

En el famós cas López Ostra,¹⁷ el TEDH no només condemnava Espanya pel dany causat a la demandant i la seva família. A més, feia una interpretació àmplia del concepte *intimitat familiar*, de tal manera que un tracte poc acurat de residus es considerà lesiu per a la família demandant. Després d'aquest pronunciament, es produí la revisió de l'exigua regulació continguda al Reglament d'activitats molestes, insalubres, nocives i perilloses (RD 2414/1961, de 30 de desembre); revisió exigida, també, pel dret comunitari. D'altra banda, oferí una interpretació més àmplia del dret a gaudir d'un medi ambient saludable; és a dir, un valor jurídic intrínsec, independentment de la seva consideració constitucional com a principi rector i lligat al dret a la intimitat familiar, com a extensió d'aquest altre dret (de caràcter fonamental).

La separació constitucional entre drets fonamentals i principis rectors havia quedat, al meu parer, completament difuminada en un espai normatiu ja complex. Per què? El TEDH i la Comissió de Drets Humans han declarat repetidament (per a tots, casos Chartier contra Itàlia i Matencio contra França)¹⁸ que els drets garantits pel CEDH poden necessitar una certa activitat per tal que aquesta garantia sigui real. Per tant trobem que drets bàsicament prestacionals són interpretats en el seu vessant limitador, normatiu, i viceversa. En l'àmbit del dret a la salut, aquesta situació també s'ha donat. L'estreta relació entre el dret a la vida i la integritat física i el dret a la salut és deguda a la tangibilitat de la pròpia salut (Navarro, 2000, p. 17, i 1996, p. 88), perquè el dret a la integritat física protegeix la incolumitat corporal, tot i que no es redueix exclusivament als casos on existeixi un risc o dany per a la salut.¹⁹

El cas Mouisel²⁰ ofereix una mostra més d'aquesta evolució que es dona en el nostre ordenament jurídic. Aquesta argumentació apareix en un escenari singular: es tracta d'un home condemnat per delictes greus que pateix leucèmia. Els tractaments sanitaris per a la seva curació eren subministrats fora del centre penitenciari i requerien trasllats complicats, justificats pel Govern francès pel risc de fuga. L'ús necessari de mètodes per evitar la fuga, l'estat de la població reclusa (avalada per la Comissió per a la Prevenció de la Tortura) i els constants desplaçaments causaren un empitjorament del seu estat de salut fins a un punt que, segons els informes mèdics

17. STEDH de 9 de desembre de 1994.

18. Informe de la Comissió de Drets Humans Chartier contra Itàlia, de 8 de desembre de 1988, p. 41, i STEDH de 14 de gener de 2004, Matencio contra França, ap. 76.

19. STC 207/1996, FJ 2.

20. STEDH de 14 de novembre de 2002, cas Mouisel contra França.

aportats, eren incompatibles amb el seu estat de salut i va arribar a perdre un 80 % de mobilitat. El Tribunal utilitza un concepte ampli de tortura. S'entén com a tortura la submissió a qualsevol mal que no sigui el determinat per la llei i que no sigui necessari en un estat democràtic (apartats 43 i 48), cosa que ens portarà a la proporcionalitat com a criteri de modulació entre les prerrogatives públiques i el dret. Així doncs, el dret a la integritat física i el dret a la salut comporten límits normatius a l'activitat, en aquest cas, de l'Administració penitenciària.

En els casos D contra el Regne Unit²¹ i BB contra França²² es dona també aquesta solució. Es tracta, en aquests casos, de malalts terminals de sida que es troben immersos en procediments d'expulsió. El dret a la vida suposa un límit a l'expulsió i, indirectament, es protegeix el seu estat de salut, el seu dret a un nivell de salut apte per a la supervivència. Tot i que la seva importància és gran, aquesta es circumscriu als efectes del dret a la salut com a prolongació dels drets a la vida i la integritat física sobre la facultat d'expulsar estrangers derivada de la normativa d'estrangeria. En efecte, el TEDH no es declara respecte de la petició del Sr. D (apartat 61) sobre les conseqüències del seu pronunciament, és a dir, sobre si el dret a no ser expulsat genera un dret a una prestació determinada.

En aquests casos els drets generen obligacions per tal que l'acció pública no empitjori l'estat de salut de les persones i és així com es generen límits per a l'Administració, i drets per als particulars, que sovint es concretaran en prestacions d'assistència sanitària. No sabem fins a quin punt aquesta obligació vincula les administracions i en quina mesura aquests límits exigeixen prestacions concretes, ni tampoc com hauria de ser aquesta prestació, tot i que hem intentat aclarir la situació.

En tot cas, en tant que la protecció es confereix en relació amb l'estat de salut, quina consideració podem fer respecte del dret a la salut? En aquest cas, la força expansiva dels drets fonamentals és tal que arriben a protegir indirectament el dret a la salut, un dret que no té caràcter de dret fonamental, en la nostra Constitució. És aquest un dels efectes del procés d'integració jurídica denominat *europèització*?

1.4. *Drets universals i immigració econòmica; les situacions de tolerància (quant?)*

Com hem vist, el dret a la salut està configurat de la manera següent. D'acord amb la jurisprudència del TEDH, els drets a la vida i la integritat física, així com la prohibició de la tortura, protegeixen la salut humana, el respecte de la qual limita les possibilitats dels estats signataris del CEDH. Aquest mateix dret requereix accions positives, que determinaran els mateixos estats, tal com recorden les sentències del TJCE. Conseqüentment, podem dir que el dret a l'assistència sanitària, que pot ser gratuïta o no, depèn de la configuració que els estats determinin, amb un cert grau de discrecionalitat. Però aquesta solució no sembla agradar a amplis sectors socials. Per què?

De Otto (1988, p. 93) diferenciava entre contingut essencial dels drets fonamentals (contingut a la Constitució i indisponible per al legislador) i el seu contingut addicional, que és el que defineixen les normes de rang infraconstitucional, mar-

21. STEDH de 2 maig de 1997 (D contra el Regne Unit).

22. STEDH de 7 de setembre de 1998 (BB contra França).

cant límits a l'Administració. Però què passa quan les normes no respecten el contingut essencial dels drets fonamentals o el contingut adicional no és ben definit? Alexy (1993, p. 431) hauria dit que, quan s'analitzen aquestes qüestions (dret a rebre prestacions com a conseqüència d'un dret social fonamental), no queda exclosa la possibilitat d'adscriure interpretativament a les disposicions iusfonamentals drets morals que fins ara no havien estat reconeguts com a constitucionals. Per a Ferrajoli (2001, p. 347), l'expansió dels drets fonamentals és conseqüència de les reivindicacions de nivells mínims d'igualtat.

A nosaltres, aquesta qüestió és la que se'n planteja quan intentem interpretar la concurrència de raons humanitàries (necessàries per al respecte de drets fonamentals) i les conseqüències que se'n deriven. El problema sorgeix, doncs, a l'hora d'interpretar el concepte de raons humanitàries (Mir, 2001, p. 23). Mirarem de contestar aquesta afirmació en el nostre objecte d'anàlisi més endavant. En aquest cas, examinem un fet social molt concret: la immigració.

1.4.1. Immigració econòmica i universalitat dels drets

Per mirar de donar una explicació em sembla adequat fer un primer examen de què significa la universalitat, en què es concretà a la seva formulació. De Lucas (1996, ens remetem a tota l'obra en conjunt) explica quin és l'origen de la universalitat, tal com es va concebre a la postguerra mundial (II GM). Els resultats de la guerra i les persecucions polítiques deixen la població sense una protecció, inherent a la pròpia dignitat humana. Hannah Arendt fou la màxima exponent d'aquest corrent de pensament que estudiava els drets de refugiats i exiliats, que donà lloc a un cos jurídic de protecció dels drets humans denominat *dret humanitari*,²³ que ofería una protecció estatal (política, social i personal) a les persones perseguides o víctimes de la desídia dels seus estats d'origen.

Al meu parer, la immigració econòmica torna a plantejar-nos quina ha de ser la configuració d'aquesta universalitat però, aquest cop, i valgui la redundància, en clau econòmica, ja que aquestes persones no fugen només de conflictes armats, sinó també de la fam i la poca atenció social i econòmica que reben als seus estats d'origen. La immigració econòmica busca una vida millor, una protecció social i econòmica. Aquesta protecció econòmica es planteja, en conseqüència, com una qüestió d'igualtat material respecte del gaudiment dels drets socials, entre els quals es troba el dret a la salut.

1.4.2. La tolerància per raons humanitàries

A banda de les qüestions econòmiques, aquest dret humanitari té efectes sobre la normativa d'estrangeria, sobre l'actuació del legislador, que també té límits derivats no només de la Constitució, sinó també del dret humanitari, que s'integra en el cabal constitucional. La normativa espanyola d'estrangeria estableix una regulació que li-

23. Declaració Universal de Drets Humans (ONU), de 10 de desembre de 1948; CEDH, Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, de 16 de desembre de 1966; Convenció contra la Tortura i Altres Tractes o Penes Cruels, Inhumanes o Degradants, de 10 de desembre de 1984.

mita l'estada dels estrangers al territori espanyol. En efecte, la seva estada ha d'estar en tot moment autoritzada per l'Administració o per la llei. Si aquesta estada no és autoritzada, es preveuen mecanismes d'allunyament per evitar-la.

Es donen, si més no, situacions excepcionals per autoritzar l'entrada o per tolerar l'estada dels estrangers quan existeixin *raons humanitàries*. Aquestes excepcions s'estableixen en virtut del dret de tota persona a la vida i la integritat física i, indirectament, el dret a la salut, ja que aquestes raons humanitàries poden ser degudes a una circumstància personal. Aquesta tolerància està també prevista al dret alemany (Hailbronner, 2002, p. 51). És el cas de la Claudia i el seu marit, entre d'altres. La seva expulsió es veu alterada per l'esdeveniment d'una situació urgent, de perill imminent per a la salut. L'ordenament jurídic també disposa d'autoritzacions especials en aquest tipus de situacions: residència temporal per raons humanitàries (31.4 TIDILE). Ja sigui amb una actuació positiva o amb un límit negatiu, la normativa d'estrangeria es veu alterada provisionalment per aquestes raons humanitàries. Examinem, doncs, a continuació quines són aquestes alteracions.

2. Dret a la salut i dret d'estrangeria

El segon objecte d'aquest treball era examinar els efectes dels drets dels estrangers sobre la normativa d'estrangeria, ja que actuen com a límit a les possibilitats de l'Administració. Aquí es parlarà de l'expulsió, i només de l'expulsió. De fet, res no impediria dur a terme un estudi sobre les mesures d'allunyament²⁴ en general, però entenc que una delimitació més concreta permetrà veure com aquest nou ordenament d'estrangeria (com a normativa sectorial) es relaciona amb el dret administratiu general, tot possibilitant una major fertilitat. Celeritat, discrecionalitat i executivitat seran els tres moments d'aquesta segona part.

2.1. Celeritat versus control judicial

La celeritat i el control judicial, juntament amb la participació i l'economia processal, són dos dels grans principis que regeixen el procediment administratiu amb l'objectiu final de trobar l'adhesió de les persones interessades (Malaret, 1994, p. 303 i 319). Aquests dos principis troben la seva expressió i la seva confrontació en la regulació del procediment d'expulsió operada a la normativa d'estrangeria.

L'expulsió pot tramitar-se de forma ordinària o de forma preferent. Així, d'acord amb el que estableixen els art. 63 TIDILE i 109 REDILE, es podrà tramitar l'expulsió pel procediment preferent en uns supòsits determinats inclosos als art. 54.1.a i b i a l'art. 53, apartats a, d i f TIDILE. Els supòsits que preveuen les normes al·ludeixen a infraccions greus o molt greus com ara activitats contràries a l'ordre públic²⁵ o a la seguretat exterior de l'Estat i la col·laboració amb xarxes

24. Utilitzarem l'expressió genèrica *mesures d'allunyament* per referir-nos a les modalitats de sortida dels estrangers.

25. Aquestes són definides a la Llei orgànica 1/1992, de 2 de febrer, de protecció de la seguretat ciutadana.

d'immigració clandestina. El primer defecte d'aquesta configuració és la barreja de conductes greus (conductes contràries a l'ordre públic) amb conductes que no es caracteritzen per la gravetat (entre les quals destaca la simple estada en situació d'irregularitat o la no-comunicació dolosa de dades relatives a l'estat civil) com a pressupòsits per augmentar la intensitat d'aquesta celeritat (Aguado, 2003, p. 28).

Aquesta celeritat agreujada té les conseqüències següents: en primer lloc, la normativa allibera l'Administració de notificar a la persona interessada la realitat de la preferència o celeritat;²⁶ a més, l'estranger té un termini de 48 hores per tal d'al·legar les circumstàncies que cregui necessàries (tràmit d'audiència), amb l'assistència d'advocat i intèrpret si està detingut preventivament (art. 63.2 TIDILE —també si no està detingut, hem d'afegir—). A més, té la possibilitat d'al·legar la sol·licitud de residència per *arrelament*. Aquesta audiència és una audiència reduïda (d'igual manera que succeïa amb l'anterior llei d'estrangeria, la LO 7/1985 —Borrajó, 1991, p. 747—), de tal manera que podria derivar en una vulneració del dret a la tutela judicial efectiva perquè dificulta l'exercici del dret al recurs i del dret a l'assistència lletrada i a l'intèrpret, ja que s'obliga a realitzar-lo per la via consular si l'execució es du a terme sense que s'hagi realitzat la revisió judicial (Aja, 2000, p. 172).

L'elecció del procediment preferent no hauria de ser aplicable en situacions en què hi ha una afectació greu dels drets a la vida i la integritat física en cas que parlem d'una persona malalta, ja que no s'entén com podria assistir a un procediment administratiu en condicions incompatibles amb el seu estat de salut. Són, doncs, aplicables les raons humanitàries com a al·legació davant l'Administració en cas que utilitzi el procediment preferent?

2.2. Règim jurídic de l'expulsió

L'expulsió és un acte administratiu, conseqüència de la il·legalitat de l'estada (o la seva manca d'autorització) de l'estranger al territori nacional. L'art. 57 TIDILE configura l'expulsió com una sanció per les infraccions greus o molt greus que estableixen els art. 53 (apartats *a*, *b*, *d* i *f*) i 54 TIDILE. Així, la normativa acompleix el requisit de tipificació (Nieto, 1994, p. 310). Aquesta configuració com a sanció és específica de l'expulsió i tindria un difícil acomodatament per a la resta de les mesures d'allunyament (Moya Malapeira, 2002, p. 208). Si més no, tampoc és inqüestionable aquest caràcter sancionador. Què és, doncs? L'execució d'un deure de sortida? (Velasco, 2004, p. 13).

Tanmateix, el dret positiu el considera com una sanció administrativa, i aquesta consideració hauria de donar dret a unes certes garanties enfront de l'actuació administrativa, com ara el control judicial, l'audiència i una certa formalitat. Pel que fa al dret a la salut, tant si considerem que és una execució d'un deure de sortida com si considerem que l'expulsió és una sanció que necessita un cert *procedere*, en ambdós casos el dret a la salut tindria un paper important com a límit a l'expulsió. Si l'expulsió és sanció, aquesta està limitada per la proporcionalitat (131 LRJAP-PAC)

26. STS de 10 de març de 1987.

i si l'expulsió és només execució d'un deure de sortida, el dret a la salut troba protecció mitjançant les situacions de tolerància per raons humanitàries, com analitzarem al punt següent.

Així, si convenim que es tracta de dret sancionador, l'administrador és un aplicador de la llei, i estarà sotmès al principi de proporcionalitat, i troba en els drets fonamentals un límit derivat de la Constitució. En aquest sentit, l'expulsió té com a límit les raons humanitàries, que protegeixen una heterogeneïtat de situacions, entre les quals trobem la persecució política, en connexió amb la petició d'asil i la condició de refugiat.²⁷ Tanmateix, aquest no és l'únic supòsit protegit per les raons humanitàries. Així, la concurrència de raons humanitàries significa que, en expulsar una persona, aquesta pot veure vulnerats els seus drets fonamentals (vida, integritat física, prohibició de tortura) quan al seu país d'origen hi ha un conflicte armat²⁸ o condicions que no assegurin un ple exercici d'aquests drets. Quan la vulneració tingui com a causa la inexistència de recursos per protegir una persona de la malaltia, també hi concorren raons humanitàries que n'impedeixen l'expulsió. Aquest és el sentit dels casos B. B. contra França i D. contra el Regne Unit com també, en certa manera, el del cas Mouisel, en tant en que protegeixen l'estat de salut de l'interessat (cal entendre vida i integritat física).

Només ens queda dir que les condicions de salut es protegeixen mitjançant el judici de proporcionalitat, perquè aquest té en compte les circumstàncies del presumpte infractor. Però, en què consisteix la proporcionalitat? La proporcionalitat no és filla del no-res, sinó que té un significat concret i és el que ens farà entendre l'evolució del dret humanitari com a mesures necessàries per a la protecció del dret a la salut. La proporcionalitat és el resultat de l'examen d'atributs com poden ser la necessitat, la racionalitat o adequació i la proporcionalitat en sentit estricte (González, 2003, p. 72). Aquesta concepció està en consonància amb els paràmetres utilitzats pel TEDH (necessitat de la mesura en una societat democràtica), però és segurament el TC qui ha donat una resposta més ajustada a aquesta concepció. En efecte, segons el TC,²⁹ «el principi de proporcionalitat és representant en cada moment històric de la sobirania popular». Tot i que l'expressió no pot ser gaire encertada, defineix el caràcter dinàmic del principi de proporcionalitat, que dona lloc a l'evolució dels drets fonamentals en un determinat sentit (unívoc i que jo he entès aquí com una extensió de la *vis* jurídica dels drets fonamentals adreçada als drets d'àmbit social).

2.3. Límits a l'execució de l'expulsió per raons humanitàries

El privilegi de l'executorietat també té un espai en aquest conjunt normatiu, ja que, a banda del que estableix l'art. 56 LRJAP-PAC, la normativa en matèria d'estrangeria fa una caracterització especial d'aquesta figura, tot disposant la plena exe-

27. STS de 17 de juliol de 2003; STS d'11 d'octubre de 2002.

28. Aquest conflicte armat ha de donar-se en la zona d'origen de la persona, amb independència que en algun punt del territori nacional d'aquell Estat hi hagi un conflicte armat. Vegeu STSJCan de 12 de juny de 1997; FFJJ 4, on es fa una interpretació d'aquest concepte.

29. STC 55/1996, FJ 8, que consolida l'expressió ja utilitzada a les STC 11/1981 i 332/1994.

cutorietat dels actes administratius d'expulsió. La reforma *ope* LO 8/2000 introdueix a l'art. 63 un quart punt que diu: «l'execució de l'ordre d'expulsió en aquests supòsits s'efectuarà de manera immediata».

Aquesta possibilitat ja havia estat censurada pel Tribunal Constitucional.³⁰ Aquest règim obliga l'Administració a fer ponderacions *contra legem* en cas de perjudicis irreparables o casos de nul·litat de ple dret (art. 111.2 LRJAP-PAC). D'aquesta manera, per tal d'aplicar les mesures cautelars, caldrà arribar a la jurisdicció contenciosa administrativa (Nieto Martín, 2001, p. 26). El Tribunal Suprem, d'acord amb l'article 129 LJCA, aplica la suspensió de l'execució per raons humanitàries com a mesura cautelar fins que no sigui resolta la procedència de l'expulsió, i limita els efectes del règim d'executorietat instaurat per la normativa d'estrangeria.³¹ Per al TS, per tal d'examinar l'adopció de mesures cautelars que suposin la suspensió de l'executorietat, s'ha de fer un judici de ponderació entre els interessos contraposats. En aquest cas no estem davant del principi de proporcionalitat,³² sinó que es tracta d'una ponderació entre interès públic i l'interès particular de la persona afectada. Es tracta, però, d'una operació arriscada en el marc de les relacions entre Estat i societat que es duen a terme a l'Estat social (vegeu Rodríguez, 1999, p. 113).

Aquest judici de ponderació intenta aclarir quin dels interessos està en joc: l'interès públic —que estaria amenaçat quan l'estada de l'estranger, mentre se celebra el litigi principal, suposés un perill per a l'interès general o públic— i, d'altra banda, l'interès particular. Quan el dret de l'individu exposat és el seu dret a la vida i a la integritat física així com la prohibició de tortura i tractes cruels, inhumans i degradants, l'executorietat suposaria la vulneració d'aquests drets (fent que el recurs perdi la seva finalitat en el sentit de l'art. 130.1 LJCA).

D'acord amb aquestes consideracions, que podem extreure de la jurisprudència del TS, veiem que no es tracta d'una qüestió d'adequació i racionalitat, sinó més aviat d'un conflicte entre interessos. És d'aquesta manera com el rang dels drets fonamentals és més potent que els interessos de l'ordre públic, en la mesura que, si bé l'exercici dels drets fonamentals³³ no es podria dur a terme en cas d'immediata execució, l'execució de l'expulsió és susceptible d'aplicació una vegada finalitzat el procés principal. En aquest sentit, podem constatar que el dret a la tutela judicial efectiva també es troba greument afectat (Tornos, 1999, p. 217).

En la tutela cautelar que es produeix en el si de la revisió jurisdiccional dels procediments administratius d'expulsió conflueixen drets de diferent substància (dret a la vida i a la integritat física, dret a la salut) que augmenten el seu potencial gràcies al dret fonamental a la tutela judicial efectiva, que n'enriqueix el contingut i, alhora, n'augmenta el valor jurídic.

30. STC 115/1987 (FJ 4 *in fine*), sentència que resolva un recurs d'inconstitucionalitat contra la ja derogada Llei d'estrangeria (LO 7/1985) i, en especial, aquest règim d'executorietat.

31. STS de 17 d'abril de 2001 i d'11 de desembre de 2001.

32. Aquesta argumentació jurídica és la que es desprèn de la STJCE de 27 d'octubre de 1977, assumpte C-30/77, *Bouchereau*. L'advocat general La Pergola al·legava que la ponderació entre el dret del particular a no ésser expulsat i l'ordre públic gira a l'entorn del test de discriminació i de proporcionalitat de la mesura. El Tribunal no hi entra.

33. Es pot tractar del dret a la vida i/o a la tutela judicial efectiva (STS de 17 d'abril de 2001, FJ 2).

Veiem, doncs, que el límit a la prerrogativa de l'executorietat no és aplicable sempre, i que els seus límits es troben, ara no en l'aplicació del principi de proporcionalitat, com succeeix respecte al fons de l'assumpte, sinó mitjançant l'aplicació directa dels drets fonamentals, tal com fa la jurisprudència examinada. Igualment ho entén el TEDH en els assumptes D. contra el Regne Unit i B. B. contra França, que vèiem amb anterioritat.

3. Final feliç?

El dret administratiu (el dret d'estrangeria i el dret sanitari) és sotmès a prova constantment, i li esdeveniments migratoris li posen dubtes per resoldre, que atreuen l'atenció de l'opinió pública. Els fets parlen per si mateixos. Aquesta normativa necessita una certa flexibilitat —és el que Zagrebelsky (1999) ha anomenat *dret dúctil*—, i la flexibilitat està representada per toleràncies i raons humanitàries que en suavitzen el contingut.

Ara bé, aquestes situacions de tolerància, aquestes raons humanitàries que les motiven, no són tractades sistemàticament a l'ordenament jurídic, sinó que són el producte de l'aplicació directa dels drets fonamentals (dret a la vida i a la integritat física, dret a la tutela judicial efectiva). Aquest raonament es troba ja a les reaccions de l'agent de policia que vèiem a l'inici. Conseqüentment, ens hem preguntat si s'està protegint el dret a la vida o el dret a la salut. La resposta és difícil jurídicament parlant. Aquí s'ha sostingut que es protegeix el dret a la vida, però indirectament es dóna protecció al dret a la salut. El que això no ens diu és en què es concreta aquesta protecció de la salut, les qualitats de l'assistència sanitària que s'erigeix en corollari del dret a la vida i del dret a la salut. S'ha insinuat aquí que el dret europeu ofereix una lectura més àmplia del dret a la vida i a la integritat física i de la prohibició de tortura, tot incloent-hi la protecció de la salut. És això veritat? Converteix el dret europeu els drets socials en drets fonamentals? O només eixampla el contingut essencial dels drets fonamentals?

Quant als procediments d'expulsió, el dret a la salut imposa límits a l'Administració. A l'hora de tramitar el procediment sancionador, el principi de celeritat no pot permetre una minva dels drets examinats (vida, integritat física, salut), ni tampoc del dret a la tutela judicial efectiva, cosa que ha originat la crítica de doctrina i sectors socials. Aquests límits poden estendre's al moment de l'execució, si existeixen o persisteixen problemes de salut greus. Si més no, aquestes raons humanitàries exigeixen una prestació sanitària, que no està ben definida a l'ordenament jurídic. Dit d'una altra manera, quina atenció sanitària podran rebre la Clàudia i el seu fill? L'hauran de pagar? Si el seu marit cau malalt, té dret a assistència sanitària gratuïta?

La nostra normativa no resol aquests dubtes de forma contundent i, de fet, en molts casos la resposta seria causant d'una desigualtat material. La regulació del dret a la protecció de la salut podria causar greuges comparatius: que una persona amb recursos gaudís d'assistència sanitària gratuïta —una de les millors d'Europa— i que una persona sense recursos estigués obligada a pagar les consultes, els medicaments, etc. Així doncs, dret o tolerància?

4. Bibliografia

- Aguado, V. «L'aplicació del marc jurídic de la immigració a les administracions locals: un primer balanç (I)». *Quaderns de Dret Local*, núm. 0, octubre 2002.
- Aja, E. (coord.). *La nueva regulación de la inmigración en España*. Tirant lo Blanch-Institut de Dret Públic. València, 2000.
- Aja, E., a DA. *Immigració, autonomia i integració*. Institut d'Estudis Autònoms-Institut Català de la Mediterrània. Barcelona, 2002.
- Aja-Moya (dir.); Donaldson, M.; Díez, L.; González, M.; Palma, A. de. *Els menors immigrants en desemparament a Catalunya*. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals. Barcelona, 2003.
- Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993.
- Alonso Pérez, F. *Régimen jurídico del extranjero en España*, 3a ed. Dykinson, SL, Ministerio de l'Interior. Madrid, 2002.
- Andriantsimbazovina, J. «La cour européenne des Droits de l'Homme». *Cahiers de Droit Européen*, núm. 5-6, 2002.
- Aparicio Pérez, M. A. *Temas de Dret Constitucional (I)*. PUB. Barcelona, 1996.
- Borrajo Iniesta, I. «El estatus constitucional de los extranjeros», a DA, *Estudios sobre la Constitución española: homenaje a García de Enterría*. Civitas. Madrid, 1991.
- Camós, M. «El mandato constitucional de protección de la tercera edad y los extranjeros», a Tornos Mas, J. (coord.), *Los servicios sociales de atención a la tercera edad, el caso de Cataluña*. Tirant lo Blanch. València, 2002.
- Ferrajoli, L. *Diritti Fondamentali*. Editori Laterza. Roma-Bari, 2001.
- García de Enterría, F.; García de Enterría, E.; Fernández. T.-R., *Curso de Derecho Administrativo (II)*. Civitas. Madrid, 1993.
- García Morales, M. J. «Relaciones de colaboración con las comunidades autónomas», a Tornos Mas, J. (dir.), *Informe de comunidades autónomas 2002*. Institut de Dret Públic. Barcelona, 2001.
- González Beilfuss, M. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Thompson Aranzadi. 2003, Cizur Menor.
- Hailbronner, K. «Els models alemany i austríac. Trets bàsics de la reglamentació d'immigració i integració a Alemanya i Àustria», a DA, *Immigració, autonomia i integració*. Institut d'Estudis Autònoms-Institut Català de la Mediterrània. Barcelona, 2002.
- Lucas, J. de. *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Icaria. Barcelona, 1996. (Col·lecció Anrazyt, núm. 94).
- Malaret i Garcia, E. «Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento», a Tornos Mas, J. (coord.), *Administración pública y procedimiento administrativo*. Ed. Bosch. Barcelona, 1994.
- Marsal Ferret, M. *Pobreza y beneficencia en el siglo XIX Español*. Lex Nova-Fundació Caixa de Sabadell. Valladolid, 2002.
- Mir Bagó, J. *La legislació d'estrangeria i l'Administració local*. Diputació de Barcelona-Consorci de Recursos per a la Integració de la Diversitat. Barcelona, 2001.
- Moya Malapeira, D. *La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español*. RVAP, núm. 62, 2002.

- Nieto, A. *Derecho administrativo sancionador* (2a ed.). Ed. Tecnos. Madrid, 1994.
- Navarro Munuera, A. E. «Estado social y artículo 50 de la Constitución», a Tornos Mas, J. (coord.), *Los servicios sociales de atención a la tercera edad, el caso de Cataluña*. Tirant lo Blanch. València, 2002.
- Navarro Munuera, A. E. «El sistema integral de protección de la salud» a Casado, M. (dir.). *Materiales de Bioética y derecho*. Cedecs. Barcelona, 1996. [Tesi llegida a la Universitat de Barcelona, 2000].
- Navarro Munuera, A. E. «El marco constitucional de los derechos sociales en el ordenamiento español». *Diritto pubblico*, 1997, núm. 2.
- Nieto Martín, F. «Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar». *Jueces para la Democracia. Informe y Debate*, núm. 41, 2001.
- Otto, I. de. «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», a Martín-Retortillo, L.; Otto, I. de. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid, 1988.
- Padrós-Reig, C.; Roca Sagarra, J. «La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Administración Pública*, núm. 136, gener-abril 1995.
- Pemán, J. «Autonomía y unidad en el sistema nacional de salud». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 21, 2002.
- Queralt Jiménez, A. *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch. València, 2003.
- Rodríguez Pontón, F. J. *Pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*. Cedecs. Barcelona, 1999.
- Saura Súcar, M. «La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros». *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 94 (99), 1991. Universitat de Barcelona. Barcelona, 2001.
- Silveira Gorski, H. C. «La Unión Europea, los refugiados y los inmigrantes ilegales, *sans papiers, clandestini*». *Mientras Tanto*, vol. 1996.
- Tornos Mas, J. «La tutela cautelar en sectores específicos del derecho público: extranjería, materia tributaria, función pública», a DA. *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa. Cuadernos de derecho judicial*. CGPJ. Madrid, 1999.
- Usúa de Palacios. *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*. Granada, 2001. [Coord. Moya Escudero i M. Comares].
- Val Tena, A. L. del. «El derecho de los extranjeros a la protección de la salud». *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2001.
- Velasco Caballero, F. «Expulsión administrativa, devolución, retorno y otras “salidas obligatorias”», a DA, *Ciudadanía y extranjería*, monográfico VI de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Saragossa, 2003.
- Zagreblsky, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta. Madrid, 1999.

Sigles utilitzades:

Cc (Codi civil), **CA** (comunitat/s autònoma/es), **CE** (Constitució espanyola), **CEDH** (Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals de 4 de novembre de 1950), **LGS** (Llei 48/1986, de 25 de abril, general de sanitat), **LRJAP-PAC** (Llei 30/1992, de 16 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú), **OMCEI** (Ordre ministerial de 22 de febrer de 1999, sobre normes de funcionament i règim interior dels centres d'internament d'estrangers), **OIT** (Organització Internacional del Treball), **REDILE** (Reial decret 864/2001, de 20 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament d'execució de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, reformada per Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre), **SNS** (sistema nacional de salut), **STC** (Sentència del Tribunal Constitucional), **STEDH** (Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans), **STJCE** (Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees), **STS** (Sentència del Tribunal Suprem), **STSJAn** (Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia), **STSJCan** (Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Canàries), **STSJCat** (Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya), **TEDH** (Tribunal Europeu de Drets Humans), **TIDILE** (Text integrat de drets i llibertats dels estrangers, Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya, reformada per la Llei orgànica 8/2000, de 22 de desembre), **TJCE** (Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees).