

EXTRANJEROS Y DERECHO A LA SALUD. ¿DERECHO O TOLERANCIA?¹

Carlos Alberto Alonso Espinosa

Becario de Investigación y Docencia
de la Universidad de Barcelona

Sumario

- 0. El derecho de los extranjeros a la protección de la salud
- 1. Los extranjeros y el derecho a la protección de la salud
 - 1.1. Las circunstancias modificativas de la capacidad del administrado y el derecho a la salud (¿quién?)
 - 1.1.1. La nacionalidad y la residencia
 - 1.1.2. La edad y la maternidad
 - 1.2. La asistencia sanitaria: corolario del derecho a la salud (¿qué?)
 - 1.2.1. Pública o privada
 - 1.2.2. Gratuita u onerosa
 - 1.3. El valor jurídico dual del derecho a la salud; las influencias del derecho europeo (¿cómo?)
 - 1.4. Derechos universales e inmigración económica; las situaciones de tolerancia (¿cuánto?)
 - 1.4.1. Inmigración económica y universalidad de los derechos
 - 1.4.2. La tolerancia por razones humanitarias
- 2. Derecho a la salud y derecho de extranjería
 - 2.1. Celeridad *versus* control judicial
 - 2.2. Régimen jurídico de la expulsión
 - 2.3. Límites a la ejecución en la expulsión por razones humanitarias
- 3. ¿Final feliz?
- 4. Bibliografía

0. El derecho de los extranjeros a la protección de la salud

*«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 todas las imágenes que día tras día llegan hasta nuestros ojos a través de los medios de comunicación hemos escogido ésta, de final “feliz”. El interés jurídico de la historia no es menor que el periodístico (la criatura nace en un bar de carretera asistida por la camarera, que hace las veces de comadrona). La realidad supera la ficción. Nuestros héroes pasan aventuras y, al final, necesitan asistencia

1. Este artículo es el resultado de un trabajo de doctorado en el marco de la asignatura de doctorado en derecho administrativo de la Universidad de Barcelona «Europeización de los derechos fundamentales» impartida por Vicenç Aguado i Cudolà y Francisco J. Rodríguez Pontón. La investigación se integra en el Proyecto de investigación BJU3151-2001, *Gobierno y Administración en el proceso de integración europea: los retos del Estado regulador*, 2001-2004 (investigadora principal: Dra. Elisenda Malaret i García).

2. Fragmentos extraídos del artículo de contraportada de *El País* del día 16 de enero de 2004.

sanitaria. Este estudio sólo pretende hacer una presentación sintética del derecho de extranjería ante acontecimientos naturales como la enfermedad y el nacimiento, la vejez, etc.

Serán dos los ejes principales del trabajo. El primero, de cariz constitucional, se dedicará a examinar la estructura del derecho a la salud para responder a las cuestiones siguientes: ¿tienen los extranjeros derecho a recibir tratamientos sanitarios? ¿En qué medida? Por ello examinaremos su configuración normativa con relación al derecho interno pero también al derecho europeo. Este análisis es especialmente pertinente atendiendo a la conexión existente entre el derecho constitucional y el derecho europeo.

Después, y para que la tarea sea más fértil, abordaremos la normativa de extranjería desde un punto de vista jurídico-administrativo. Nos centraremos en el procedimiento de expulsión, que será el contenido de nuestro tubo de ensayo. La expulsión, en tanto que medida de alejamiento, permite que el Gobierno expulse del territorio a los extranjeros que no respeten la normativa. Pero sabemos bien que el poder no es ilimitado y que los primeros límites, de concepción liberal, son los derechos de las personas. Estudiaremos cómo actúan los derechos limitando las facultades de la Administración.

En último término, y dado que muchas de las pistas en la construcción de nuestra argumentación son ofrecidas por el derecho europeo, veremos cómo incide en este campo. El derecho a la protección de la salud es para nosotros un derecho social que desarrolla la cláusula genérica de Estado social del art. 1.1 CE (Navarro, 1997, p. 487), que tiene la estructura de un derecho prestacional, de tal manera que de su configuración depende su consideración como derecho subjetivo (Aparicio, 1996, p. 199-200). Pero la jurisprudencia europea da una nueva textura a las constituciones nacionales y a los derechos que enuncian, y eso se denomina *europaización*. ¿Qué consecuencias se derivan de este proceso de integración jurídica?

1. Los extranjeros y el derecho a la protección de la salud

Nos interesa, para empezar, saber de qué estamos hablando. Obviamente, hablamos del derecho a la protección de la salud (en lo sucesivo, utilizaremos los términos derecho a la salud), sin embargo la tarea es más compleja de lo que parece a primera vista, porque nuestras normas jurídicas utilizan categorías para asignar derechos a las personas o negarlos. Así, en un primer momento, buscaremos estas categorías (edad, sexo, etc.) y examinaremos en cada momento cuál es la consecuencia jurídica que se desprende de ellas en términos de derechos a recibir prestaciones, cualidades de las prestaciones, onerosidad, gratuidad, etc.

1.1. *Las circunstancias modificativas de la capacidad del administrado y el derecho a la salud (¿quién?)*

¿Quién tiene derecho a la protección de la salud? Para responder a esta pregunta, más compleja de lo que parece, veremos qué diferencias establecen las normas jurídicas, conformando el ámbito subjetivo del derecho a la salud.

Art. 15 CE: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos degradantes o inhumanos.»

Art. 43 CE: «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Es competencia de los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.»

El principio de igualdad es, en nuestra Constitución, un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). Es decir, que todas las normas y los actos aplicables de las leyes están sometidos a este principio. Inmediatamente después, los derechos y deberes de los ciudadanos también están sometidos al principio de igualdad y así lo predica el art. 13 CE. Este artículo enuncia que «los extranjeros disfrutarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley». De aquí puede extraerse un principio de igualdad entre extranjeros y nacionales referida a los derechos de libertad. Este concepto debe interpretarse de forma no restrictiva y engloba a todos aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana³ (para el estudio de la jurisprudencia constitucional en esta materia, véase Borrajo, 1991, p. 763). Ahora bien, esta igualdad no es absoluta y la misma Constitución no permite que pueda predicarse de todos los derechos. Entre los derechos que no se garantizan a todo el mundo en las mismas condiciones (además de aquellos referidos a la participación en los asuntos públicos) encontramos los principios rectores de la vida social y económica. La garantía de estos derechos la define la ley. ¿Cómo afecta eso al ámbito de nuestro trabajo, el derecho a la salud? A efectos de este estudio, hay que ver cómo juega el principio de igualdad a nivel constitucional y a nivel legal en relación con el derecho a la protección de la salud (por cuestiones pragmáticas, utilizaré la expresión *derecho a la salud*).

Esta configuración constitucional da lugar a la situación siguiente. El derecho a la salud es un principio rector de la política social y económica. Es un derecho social, inscrito en el capítulo tercero del título I de la CE. El art. 53.3 CE les otorga una protección reducida («informarán la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»). De esta manera podemos decir que son derechos garantizados constitucionalmente, pero de configuración legal.⁴ La legislación establece diferenciaciones, basadas en consideraciones subjetivas.

Con el objetivo de afinar en nuestro examen y ver cuál es la configuración legal del derecho a la salud en relación con los ciudadanos extranjeros, tomaremos en préstamo la categoría de las circunstancias modificativas de la capacidad del administrado (García de Enterría y Fernández, 1993, p. 22), ya que es la clave para comprender la complejidad técnica de la normativa que analizaremos. Estas circunstancias modificativas de la capacidad del administrado son situaciones que determinan el cambio de la posición de la persona frente a la Administración y pueden dar lugar a prestaciones o a limitaciones de la Administración.

3. Para todas, STC 107/1984, de 23 de noviembre (FJ 3).

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

1.1.1. La nacionalidad y la residencia

Ciertamente, las normas jurídicas introducen diferenciaciones de todo tipo. La primera es la nacionalidad. La nacionalidad está básicamente regida por el principio de territorialidad. En nuestro derecho, la nacionalidad española tiene como consecuencia la plenitud en el disfrute de los derechos y los deberes públicos, a la ciudadanía (*Ibidem*, 23). Los españoles y los extranjeros residentes son titulares del derecho a la salud (art. 1.2 y 3 LGS).

Entre los no nacionales podemos distinguir deferentes situaciones. El no nacional puede ser residente o no residente. El no residente, seguramente, será un turista o una persona en tránsito o su estancia estará caracterizada por la provisionalidad. En esta categoría podríamos incluir a los comunitarios, que, además, tienen libertad de circulación. El SNS no asume los gastos por determinados tratamientos y estas personas tendrán que pagar el coste del servicio (véase el art. 16 LGS) y pedir el reembolso a su país de origen, a excepción de que esta situación esté prevista por un instrumento de derecho internacional (art. 1.3 LGS). En cuanto a los ciudadanos comunitarios, la libre circulación de personas y servicios introduce modificaciones, y en determinados casos (cuando el Estado del nacional no permite un tratamiento de calidad o en un plazo) los ciudadanos comunitarios pueden acceder al servicio en otro Estado miembro y pedir un reintegro de los gastos al Estado del que son ciudadanos. Esta situación está perfectamente retratada en el caso Müller-Fauré.⁵ En estos supuestos se prevén autorizaciones para recibir servicios sanitarios en otros estados.

En cuanto a los extranjeros no comunitarios y no residentes, el régimen es el mismo (consideración de pacientes privados), aunque con determinados matices. La cuestión está regulada por algunas disposiciones dispersas en el ordenamiento de extranjería. El art. 12 TIDILE reconoce, en todo caso, un derecho a recibir tratamientos médicos urgentes ante enfermedades graves o accidentes. También se garantiza asistencia sanitaria ante problemas de salud relacionados con el desplazamiento (véase el art. 131 REDILE). Esta prestación es de carácter público (Alonso Pérez, 2002, p. 136), y representa una obligación de actuación pública, aunque normalmente cooperan organizaciones sin ánimo de lucro. Esta colaboración responde más a un concepto de beneficencia que de asistencia social (tal como la describe Marsal, 2002, p. 226), sin embargo, en todo caso, no puede decirse que las administraciones sanitarias se desentiendan, sino que realizan prestaciones de atención sanitaria o las financian. A ello se le llama *acogida básica*:⁶ los servicios son prestados por las CA y financiados conjuntamente por el Estado y las CA, mediante la suscripción de convenios bilaterales de colaboración (García Morales, 2001, p. 59).

Entre los residentes no nacionales encontramos también a los que están en centros de internamiento, a la espera de la resolución de un procedimiento de alejamiento. La normativa que rige en esta materia (además de la contenida en TIDILE

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

6. Para Cataluña, véase el Convenio de colaboración de 2 de enero de 2002, publicado en el BOE de 29 de octubre. La prórroga para el 2003 se encuentra en el BOE de 23 de julio de 2003.

y REDILE) es la OMCEI. El internamiento ha sido objeto de análisis por parte de doctrina (entre los cuales destaca a la crítica realizada, por, entre otros, Silveira, 1996, p. 151) y tribunales (STS de 24 de enero de 2001). Desde el punto de vista formal no está suficientemente claro cuál es la naturaleza jurídica de la OMCEI, si reglamento organizativo o desarrollo de TIDILE y REDILE. En todo caso, esta OMCEI supone, al menos, una mínima garantía organizativa orientada a resolver los problemas de salud surgidos en el desplazamiento. Así, dispone la obligatoriedad de un examen médico de los internos a la entrada y salida del centro y la posibilidad de hospitalización de los internos, con independencia de la regularidad y las cuestiones relativas al sistema de Seguridad Social. Por lo tanto, podríamos decir que es un reglamento de naturaleza híbrida que regula aspectos relativos a la organización y otros de tipo sustantivo en tanto que determinan una cierta prestación (hospitalización y actividades de control de la salud a la entrada y salida de los centros).

Finalmente, encontramos los residentes no comunitarios que no estén inmersos en un procedimiento de alejamiento, aquellos que no han realizado los trámites que requiere la normativa con el fin de adquirir el estatus de la *regularidad* (autorización de residencia, Velasco, 2004, p. 4), y que no están de turismo u ocasionalmente. Este estatus da acceso a la titularidad de los derechos regulados en el TIDILE, que exige el empadronamiento. En Cataluña, esta cuestión está regulada en la Orden de 13 de noviembre de 1990 y en la Instrucción 1/93 del Servicio Catalán de la Salud (en esta materia se ha consultado Saura Súcar, 2001).

Este condicionamiento del derecho a la salud a la situación de regularidad y al empadronamiento (actuación conforme a la legalidad vigente) ha sido debatido por la doctrina. Motivación financiera (Del Val, 2001, p. 51) o trato discriminatorio injustificado (Usúa, 2001, p. 644), me parece acertado destacar que se trata de una distribución de funciones que descarga en las administraciones locales los problemas derivados de la inmigración económica (Aguado Cudolà, 2002, p. 18).

1.1.2. La edad y la maternidad

La edad y la maternidad afectan también a las relaciones con las personas y la Administración sanitaria. En el caso que citábamos al principio, la situación es clara. Aparte de la situación en que queda el procedimiento de expulsión (cuestión que será objeto de estudio más adelante), lo que nos interesa es la protección que la normativa ofrece a las personas para cuestiones tan importantes como la infancia o la maternidad.

El art. 12 TIDILE, en los apartados 3 y 4, ofrece a menores y mujeres embarazadas una protección que no introduce condicionamientos (como antes lo era la regularidad). Esta prestación dará lugar a la recepción de servicios sanitarios en igualdad de condiciones con los españoles.

La infancia. En cuanto a los menores, su protección es establecida en la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño (y ésta es la norma que da contenido al artículo 39.4 de la Constitución). En cuanto a la salud, el articulado es suave, atendiendo a las características heterogéneas de las sociedades de todo el mundo en que tienen que aplicarse, pero reconoce «el derecho del niño al disfrute del nivel más alto posible de salud y a servicios para el

tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud». Eso dependerá en gran medida de las políticas internas de los estados que ratifiquen el tratado. Veamos qué dice la legislación aplicable en Cataluña.

Ley de protección jurídica del menor:⁷ el art. 10 (título I, capítulo III, «De las medidas y principios rectores de la acción administrativa») de la Ley garantiza a los menores extranjeros los derechos a la educación, la asistencia sanitaria y otras prestaciones públicas.

La Ley catalana de protección de los menores⁸ dedica un capítulo entero (la Ley tiene siete) al ámbito de la salud. El art. 25 dice que «todos los niños y los adolescentes de Cataluña tienen derecho a la protección y a la promoción de la salud y a la atención sanitaria, de acuerdo con lo que dispone la legislación vigente». A continuación desarrolla el derecho y sus características.

Sin entrar en la discusión en torno a los títulos competenciales,⁹ claro está que el niño tiene derecho a prestaciones sanitarias de calidad óptima, que son prestadas por las instituciones autonómicas sanitarias. En lo que concierne a los servicios de atención al menor, y en caso que fuera necesario, éstos son competencia de los órganos competentes en materia de protección de menores, autonómicos también. En todo caso, el menor no tiene que encontrar ningún obstáculo para disfrutar de los servicios de todo tipo (sanitarios y sociales, Aja-Moya, 2003, p. 47 y ss.).

La maternidad. La maternidad origina una situación que estaría a medio camino entre la situación en que se encuentran los adolescentes y los menores (diferenciada, sin embargo, en la urgencia), que atiende a una característica exclusiva de las mujeres (la maternidad). Así pues, las normas ofrecen el derecho a recibir unas prestaciones derivadas de aquella situación. Esta técnica sería equivalente a la adoptada para el caso de los centros de internamiento, ya que otorga una protección más alta en razón de la urgencia, y esta urgencia no es peligrosa sólo para el estado de salud, sino también para la propia vida y la integridad física. La diferencia entre los dos supuestos es, no obstante, notoria y, en el caso de la mujer, es indispensable una hospitalización y un tratamiento más o menos largo, indeterminable. En este caso se protege la vida de la madre y la del nasciturus, como presupuesto ontológico-o necesario para el disfrute del resto de los derechos, en palabras del Tribunal Constitucional.¹⁰

La tercera edad. Hablamos, en último lugar, de las personas que, por razón de la edad, también pueden encontrarse en una situación que, jurídicamente, debemos plantear. Las personas mayores tienen problemas y necesidades específicas a causa de su edad (incapacidad para trabajar, falta de recursos). Aquí podría reproducirse la polémica competencial, sin embargo, aparte de la posibilidad de recibir pensiones, la Ley catalana de servicios sociales ofrece el derecho de todos a recibir los servicios sociales en el ámbito de la Generalidad de Cataluña y los entes locales, entre los

7. Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

8. Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción.

9. Reproducida en la STC 239/2002, de 11 de diciembre.

10. STC 53/1985, FJ 5º.

cuales tenemos que incluir la asistencia sanitaria, aunque podrían reproducirse los condicionamientos de la regularidad y el empadronamiento, introduciendo incertidumbres en detrimento de la seguridad jurídica (Camós, 2002, p. 471).

1.2. *La asistencia sanitaria: corolario del derecho a la salud (¿qué?)*

Hasta ahora hemos podido apreciar como las condiciones subjetivas condicionan de forma sustantiva la configuración del derecho a la salud, de tal manera que, de hecho, condicionan el contenido del ámbito objetivo del derecho. Pasamos, sin embargo, a definir este ámbito objetivo.

El derecho a la salud se protege con una acción positiva, una prestación. Esta prestación es la asistencia sanitaria.¹¹ Por ello, casi toda la doctrina habla del derecho a la asistencia sanitaria (me remito a las obras citadas en el capítulo anterior). Con el fin de examinar qué contenido tiene el derecho a la salud, pues, tendremos que averiguar cuáles son los rasgos de esta prestación.

La asistencia sanitaria es un servicio, una actividad técnica que requiere una *expertise* determinada, por un lado, y una organización de los recursos (también indispensables), por otro. En cuanto a su naturaleza jurídica, ésta es de arrendamiento de servicios (*do ut fcs*, 1544 Cc) y puede ser un arrendamiento de servicios *stricto sensu* (cuando la prestación se limita a un cuidado extraordinario de la salud) o de suministro (porque puede dar lugar a relaciones continuas). A pesar de eso, esta prestación no nace de una relación juridicoprivada, sino pública, y eso introduce matices que hay que tener en cuenta. Por ejemplo, la ley configura un régimen de gratuidad muy extendido, que veremos en el apartado siguiente. Primero examinamos cuáles son las modalidades de prestación dependiendo, en este caso, del prestador (público o privado).

1.2.1. Pública o privada

Así, en algunos casos, será el aparato administrativo el encargado de ofrecer este servicio (modelo adoptado en la mayoría de casos en el continente europeo), mientras que, en otros, será el sector privado quien ofrezca estos servicios (lo que más se acerca es el modelo americano). Ahora bien, no hay modelos puros y en los sistemas sanitarios coexisten estas dos opciones.

Nuestro sistema sanitario está organizado como un conjunto denominado SNS. Cuando hablamos de SNS hablamos de un sistema en que la gestión es asumida por las CA, con la garantía del Estado (Pemán, 2002, 55) y la colaboración también por parte de los particulares, porque se permite la libre iniciativa, que complementa el sistema sanitario público (art. 89 y s. LGS). Hablamos de un sistema no monopolístico que organiza prestaciones de servicio público (de aquí la regularidad de las prestaciones, y la garantía del acceso en condiciones de igualdad y universalidad). El servicio puede ser prestado por los particulares, ya sea por opción

11. Aquí hablaremos de la asistencia sanitaria en general, aunque existen determinadas prestaciones auxiliares que admitirían diferenciaciones por su complejidad, como el servicio de transporte urgente sanitario o la adquisición de determinados productos terapéuticos (prótesis, sillas de ruedas).

del usuario, ya sea por tratarse de servicios que en un momento determinado no pueden ser suministrados por el SNS, por razones de urgencia,¹² o cuando concurren razones de especialización. Cuando se trata de supuestos de urgencia, el SNS reintegra los gastos, y cuando se trata de razones organizativas, se utiliza la técnica del concierto.

Una cuestión diferente es qué prestaciones tiene que asumir (financiar) el sector público, ya que en virtud de la orientación de su actividad hacia el interés general algunas prestaciones requerirán una organización y unos recursos extraordinarios para la Administración pública (que tiene también obligaciones de eficiencia económica). Así, los servicios sanitarios pueden ser prestados por organismos públicos o privados y, en régimen de derecho público (relación de derecho público que derivará normalmente en la gratuidad de la prestación) o de derecho privado (que supondría la exigencia de una contraprestación en pago por los servicios prestados).

1.2.2. Gratuita u onerosa

El verdadero objeto del debate siempre se produce respecto de la financiación de las prestaciones sanitarias. Los nacionales tienen un acceso gratuito al sistema nacional de salud (3.2 LGS), en condiciones de igualdad efectiva,¹³ aunque determinados servicios no estén garantizados en régimen de derecho público.¹⁴ Es así como se configura la universalidad de este derecho a la salud.

En lo que concierne a los extranjeros, la normativa establece diferenciaciones. De acuerdo con lo que decíamos con anterioridad, la prestación será gratuita cuando concurren circunstancias de urgencia o en caso de maternidad, y también la de los menores, sea cual sea su circunstancia. En el resto de casos y siempre que la estancia no sea autorizada o sea por turismo, podemos distinguir entre los servicios y prestaciones sociales básicos, que estarían garantizados por el art. 14.3 TIDILE, y las prestaciones de carácter extraordinario, o de larga duración. Estas prestaciones, en principio, tendrían que ser objeto de contraprestación pecuniaria (de igual manera que pasa con los servicios no incluidos en el anexo III del Real decreto 63/1995), con excepción de lo que puedan establecer los convenios internacionales (como en materia de desplazamientos laborales o académicos). Cuando los extranjeros sean residentes, la gratuidad dependerá de la regularidad de su estancia y, en todo caso, del hecho de que estén empadronados, porque así dispondrán de la tarjeta sanitaria (Saura Súcar, 2001).

También ha de quedar claro que el alcance de prestaciones a que da derecho nuestro ordenamiento no es inmóvil, sino que las realidades sociales muestran nuevas necesidades en un sentido creciente. La jurisprudencia va adaptando esta lista

12. Así sucede en el caso examinado en la STSJAn 1030/2003, de 29 de mayo.

13. Esta igualdad efectiva fue garantizada, en un primer momento, por el Real decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el cual se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

14. Véase el anexo III RD 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud.

de prestaciones por las implicaciones que eso supone en el bienestar de los ciudadanos; un bienestar no sólo físico¹⁵ sino también psíquico.¹⁶ Esta asunción de prestaciones sanitarias *in crescendo* se consolida con el tiempo, fenómeno que la doctrina ha calificado como irreversibilidad (Navarro, 2002, p. 193).

1.3. *El valor jurídico dual del derecho a la salud; las influencias del derecho europeo (¿cómo?)*

Hasta ahora hemos visto como la normativa configura la titularidad del derecho a la salud, como desarrollo del art. 43 CE. Hemos trabajado con el derecho a la salud como principio rector, como derecho condicionado al desarrollo normativo.

Cuando menos, la actuación del TEDH ofrece elementos para la reflexión. En efecto, el CEDH establece un catálogo de derechos que, *grosso modo*, son equivalentes a los derechos fundamentales consagrados en la CE. Básicamente se reconocen derechos de libertad que no tienen un contenido prestacional. Junto con eso, se articula la actuación del Tribunal a que nos referíamos antes, el TEDH.

El art. 10.2 de la CE remite a las normas de derecho internacional (como el CEDH y, explícitamente, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos) con el fin de interpretar los derechos reconocidos en la Constitución. Y, porque el TEDH interpreta el CEDH, tendremos que entender los derechos consagrados en la Constitución de acuerdo con el TEDH. Esta instancia internacional (que no supranacional, Queralt, 2003, p. 218), realiza un control de carácter limitado (Andriantsimbazovina, 2002, p. 771) sobre las actividades públicas ya que sólo puede declarar el incumplimiento y el derecho a una compensación económica (función de control). Ahora bien, los fallos del TEDH condicionan la actuación de los estados parte del Convenio, que tendrán que adaptar su conducta y normativa interna a los dictados del TEDH para evitar repetir condena; es decir, efectos *pro futuro* (función correctora, Padrós y Roca, 1995, p. 268). Con el fin de ilustrar esta situación, acudiremos a algunos casos de especial interés.

En el famoso caso López Ostra,¹⁷ el TEDH no condenaba a España sólo por el daño causado a la demandante y a su familia. Además, hacía una interpretación amplia del concepto *intimidad familiar*, de tal manera que un trato poco esmerado de residuos se consideró lesivo para la familia demandante. Después de este pronunciamiento, se produjo la revisión de la exigua regulación contenida en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RD 2414/1961, de 30 de diciembre); revisión exigida, también, por el derecho comunitario. Por otro lado, ofreció una interpretación más amplia del derecho a disfrutar de un medio ambiente saludable; es decir, un valor jurídico intrínseco, independientemente de su consideración constitucional como principio rector y unido al derecho a la intimidad familiar, como extensión de este otro derecho (de carácter fundamental).

15. STS de 23 de febrero de 1993, sobre prótesis oculares y auditivas, que caracteriza como prótesis especiales, cuya financiación está condicionada a la concesión de una ayuda pública.

16. STJCat de 18 de febrero de 2003. Se dilucida la responsabilidad para el sistema sanitario público sobre las operaciones de reasignación (cambio) de sexo.

17. STEDH de 9 de diciembre de 1994.

La separación constitucional entre derechos fundamentales y principios rectores había quedado, a mi parecer, completamente difuminada en un espacio normativo ya complejo. ¿Por qué? El TEDH y la Comisión de Derechos Humanos han declarado repetidamente (por todos, casos Chartier contra Italia y Matencio contra Francia)¹⁸ que los derechos garantizados por el CEDH pueden necesitar una cierta actividad a fin de que esta garantía sea real. Por lo tanto encontramos que derechos básicamente prestacionales están interpretados en su vertiente limitadora, normativa, y viceversa. En el ámbito del derecho a la salud, esta situación también se ha dado. La estrecha relación entre el derecho a la vida y la integridad física y el derecho a la salud se debe a la tangibilidad de la propia salud (Navarro, 2000, p. 17, y 1996, p. 88), porque el derecho a la integridad física protege la incolumidad corporal, aunque no se reduce exclusivamente a los casos donde exista un riesgo o daño para la salud.¹⁹

El caso Mouisel²⁰ ofrece una muestra más de esta evolución que se da en nuestro ordenamiento jurídico. Esta argumentación aparece en un escenario singular: se trata de un hombre condenado por delitos graves que sufre leucemia. Los tratamientos sanitarios para su curación eran suministrados fuera del centro penitenciario y requerían traslados complicados, justificados por el Gobierno francés por el riesgo de fuga. El uso necesario de métodos para evitar la fuga, el estado de la población reclusa (avalada por la Comisión para la Prevención de la Tortura) y los constantes desplazamientos causaron un empeoramiento de su estado de salud hasta un punto que, según los informes médicos aportados, eran incompatibles con su estado de salud y llegó a perder un 80 % de movilidad. El Tribunal utiliza un concepto amplio de tortura. Se entiende como tortura la sumisión a cualquier mal que no sea el determinado por la ley y que no sea necesario en un estado democrático (apartados 43 y 48), cosa que nos llevará a la proporcionalidad como criterio de modulación entre las prerrogativas públicas y el derecho. Así pues, el derecho a la integridad física y el derecho a la salud comportan límites normativos a la actividad, en este caso, de la Administración penitenciaria.

En los casos D contra el Reino Unido²¹ y BB contra Francia²² se da también esta solución. Se trata, en estos casos, de enfermos terminales de sida que se encuentran inmersos en procedimientos de expulsión. El derecho a la vida supone un límite en la expulsión y, indirectamente, se protege su estado de salud, su derecho a un nivel de salud apta para la supervivencia. Aunque su importancia es grande, ésta se circunscribe a los efectos del derecho a la salud como prolongación de los derechos a la vida y la integridad física sobre la facultad de expulsar extranjeros derivada de la normativa de extranjería. En efecto, el TEDH no se declara respecto de la petición del Sr. D (apartado 61) sobre las consecuencias de su pronunciamiento, es decir, sobre si el derecho a no ser expulsado genera un derecho a una prestación determinada.

18. Informe de la Comisión de Derechos Humanos Chartier contra Italia, de 8 de diciembre de 1988, p. 41, y STEDH de 14 de enero de 2004, Matencio contra Francia, apartado 76.

19. STC 207/1996, FJ 2.

20. STEDH de 14 de noviembre de 2002, caso Mouisel contra Francia.

21. STEDH de 2 en mayo de 1997 (D contra el Reino Unido).

22. STEDH de 7 de septiembre de 1998 (BB contra Francia).

En estos casos los derechos generan obligaciones a fin de que la acción pública no empeore el estado de salud de las personas y es así como se generan límites para la Administración, y derechos para los particulares, que a menudo se concretarán en prestaciones de asistencia sanitaria. No sabemos hasta qué punto esta obligación vincula a las administraciones y en qué medida estos límites exigen prestaciones concretas, ni tampoco cómo tendría que ser esta prestación, aunque hemos intentado aclarar la situación.

En todo caso, en tanto que la protección se confiere en relación con el estado de salud, ¿qué consideración se puede hacer respecto del derecho a la salud? En este caso, la fuerza expansiva de los derechos fundamentales es tal que llegan a proteger indirectamente el derecho a la salud, un derecho que no tiene carácter de derecho fundamental, en nuestra Constitución. ¿Es éste uno de los efectos del proceso de integración jurídica denominado *europaización*?

1.4. *Derechos universales e inmigración económica; las situaciones de tolerancia (¿cuánto?)*

Como hemos visto, el derecho a la salud está configurado de la manera siguiente. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, los derechos a la vida y a la integridad física, así como la prohibición de la tortura, protegen la salud humana, cuyo respeto limita las posibilidades de los estados signatarios del CEDH. Este mismo derecho requiere acciones positivas, que determinarán los mismos estados, tal como recuerdan las sentencias del TJCE. Consecuentemente, podemos decir que el derecho a la asistencia sanitaria, que puede ser gratuita o no, depende de la configuración que los estados determinen, con un cierto grado de discrecionalidad. Pero esta solución no parece gustar a amplios sectores sociales. ¿Por qué?

De Otto (1988, p. 93) diferenciaba entre contenido esencial de los derechos fundamentales (contenido en la Constitución e indisponible para el legislador) y su contenido adicional, que es el que definen las normas de rango infraconstitucional, marcando límites a la Administración. Pero ¿qué pasa cuando las normas no respetan el contenido esencial de los derechos fundamentales o el contenido adicional no está bien definido? Alexy (1993, p. 431) habría dicho que, cuando se analizan estas cuestiones (derecho a recibir prestaciones como consecuencia de un derecho social fundamental), no queda excluida la posibilidad de adscribir interpretativamente a las disposiciones iusfundamentales derechos morales que hasta ahora no habían sido reconocidos como constitucionales. Para Ferrajoli (2001, p. 347), la expansión de los derechos fundamentales es consecuencia de las reivindicaciones de niveles mínimos de igualdad.

A nosotros, esta cuestión es la que se nos plantea cuando intentamos interpretar la concurrencia de razones humanitarias (necesarias para el respeto de derechos fundamentales) y las consecuencias que se derivan de ello. El problema surge, pues, a la hora de interpretar el concepto de razones humanitarias (Mir, 2001, p. 23). Trataremos de contestar esta afirmación en nuestro objeto de análisis más adelante. En este caso, examinamos un hecho social muy concreto: la inmigración.

1.4.1. Inmigración económica y universalidad de los derechos

Para intentar dar una explicación me parece adecuado hacer un primer examen de qué significa la universalidad, en qué se concretó en su formulación. De Lucas (1996, nos remitimos a toda la obra en conjunto) explica cuál es el origen de la universalidad, tal como se concibió en la posguerra mundial (II GM). Los resultados de la guerra y las persecuciones políticas dejan a la población sin una protección, inherente a la propia dignidad humana. Hannah Arendt fue la máxima exponente de esta corriente de pensamiento que estudiaba los derechos de refugiados y exiliados, que dio lugar a un cuerpo jurídico de protección de los derechos humanos denominado derecho *humanitario*,²³ que ofrecía una protección estatal (política, social y personal) a las personas perseguidas o víctimas de la desidia de sus estados de origen.

A mi parecer, la inmigración económica vuelve a plantearnos cuál tiene que ser la configuración de esta universalidad pero, esta vez, y valga la redundancia, en clave económica, ya que estas personas no huyen sólo de conflictos armados, sino también del hambre y la poca atención social y económica que reciben en sus estados de origen. La inmigración económica busca una vida mejor, una protección social y económica. Esta protección económica se plantea, en consecuencia, como una cuestión de igualdad material respecto del disfrute de los derechos sociales, entre los cuales se encuentra el derecho a la salud.

1.4.2. La tolerancia por razones humanitarias

Aparte de las cuestiones económicas, este derecho humanitario tiene efectos sobre la normativa de extranjería, sobre la actuación del legislador, que también tiene límites derivados no sólo de la Constitución, sino también del derecho humanitario, que se integra en el acervo constitucional. La normativa española de extranjería establece una regulación que limita la estancia de los extranjeros en el territorio español. En efecto, su estancia tendrá que estar en todo momento autorizada por la Administración o por la ley. Si esta estancia no está autorizada, se prevén mecanismos de alejamiento para evitar dicha estancia.

Se dan, cuando menos, situaciones excepcionales para autorizar la entrada o para tolerar la estancia de los extranjeros cuando existan *razones humanitarias*. Estas excepciones se establecen en virtud del derecho de toda persona a la vida y la integridad física y, indirectamente, el derecho a la salud, ya que estas razones humanitarias pueden ser debidas a una circunstancia personal. Esta tolerancia está también prevista en el derecho alemán (Hailbronner, 2002, p. 51). Es el caso de Claudia y su marido, entre otros. Su expulsión se ve alterada por el acontecimiento de una situación urgente, de peligro inminente para la salud. El ordenamiento jurídico también dispone de autorizaciones especiales en este tipo de situaciones: residencia temporal por razones humanitarias (31.4 TIDILE). Ya sea con una actuación positiva o con

23. Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU), de 10 de diciembre de 1948; CEDH, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984.

un límite negativo, la normativa de extranjería se ve alterada provisionalmente por estas razones humanitarias. Examinamos, pues, a continuación cuáles son estas alteraciones.

2. Derecho a la salud y derecho de extranjería

El segundo objeto de este trabajo era examinar los efectos de los derechos de los extranjeros sobre la normativa de extranjería, ya que actúan como límite a las posibilidades de la Administración. Aquí se hablará de la expulsión, y sólo de la expulsión. De hecho, nada impediría llevar a cabo un estudio sobre las medidas de alejamiento²⁴ en general, sin embargo, entiendo que una delimitación más concreta permitirá ver como este nuevo ordenamiento de extranjería (como normativa sectorial) se relaciona con el derecho administrativo general, posibilitando una mayor fertilidad. Celeridad, discrecionalidad y ejecutoriedad serán los tres momentos de esta segunda parte.

2.1. *Celeridad versus control judicial*

La celeridad y el control judicial, junto con la participación y la economía procesal, son dos de los grandes principios que rigen el procedimiento administrativo con el objetivo final de encontrar la adhesión de los interesados (Malaret, 1994, p. 303 y 319). Estos dos principios encuentran su expresión y su confrontación en la regulación del procedimiento de expulsión operada en la normativa de extranjería.

La expulsión puede tramitarse de forma ordinaria o de forma preferente. Así, de acuerdo con lo que establecen los art. 63 TIDILE y 109 REDILE, podrá tramitarse la expulsión por el procedimiento preferente en unos supuestos determinados incluidos en los art. 54.1.a y b y en el art. 53, apartados a, d y f TIDILE. Los supuestos que prevén las normas aluden a infracciones graves o muy graves como actividades contrarias al orden público²⁵ o a la seguridad exterior del Estado y la colaboración con redes de inmigración clandestina. El primer defecto de esta configuración es la mezcla de conductas graves (conductas contrarias al orden público) con conductas que no se caracterizan por la gravedad (entre las cuales destaca la simple estancia en situación de irregularidad o la no comunicación dolosa de datos relativos al estado civil) como presupuestos para aumentar la intensidad de esta celeridad (Aguado, 2003, p. 28).

Esta celeridad agravada tiene las siguientes consecuencias: en primer lugar, la normativa libera a la Administración de notificar al interesado la propia realidad de la preferencia o celeridad;²⁶ además, el extranjero tiene un plazo de 48 horas

24. Utilizaremos la expresión genérica *medidas de alejamiento* para referirnos a las modalidades de salida de los extranjeros.

25. Éstas son definidas en la Ley orgánica 1/1992, de 2 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana.

26. STS de 10 de marzo de 1987.

con el fin de alegar las circunstancias que crea necesarias (trámite de audiencia), con la asistencia de abogado e intérprete si está detenido preventivamente (art. 63.2 TIDILE —también si no está detenido, tenemos que añadir—). Además, tiene la posibilidad de alegar la solicitud de residencia por *arraigo*. Esta audiencia es una audiencia reducida (de igual manera que sucedía con la anterior ley de extranjería, la LO 7/1985 —Borrajo, 1991, p. 747—), de tal manera que podría derivar en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque dificulta el ejercicio del derecho al recurso y del derecho a la asistencia letrada y al intérprete, ya que se obliga a realizarlo por la vía consular si la ejecución se lleva a cabo sin que se haya realizado la revisión judicial (Aja, 2000, p. 172).

La elección del procedimiento preferente no habría de ser aplicable en situaciones en que hay una afectación grave en los derechos a la vida y a la integridad física en el caso de que hablemos de una persona enferma, ya que no se entiende cómo podría asistir a un procedimiento administrativo en condiciones incompatibles con su estado de salud. ¿Son, pues, aplicables las razones humanitarias como alegación ante la Administración en el caso de que utilice el procedimiento preferente?

2.2. Régimen jurídico de la expulsión

La expulsión es un acto administrativo, consecuencia de la ilegalidad de la estancia (o de su falta de autorización) del extranjero en el territorio nacional. El art. 57 TIDILE configura la expulsión como una sanción por las infracciones graves o muy graves que establecen los art. 53 (apartados *a*, *b*, *d* y *f*) y 54 TIDILE. Así, la normativa cumple el requisito de tipificación (Nieto, 1994, p. 310). Esta configuración como sanción es específica de la expulsión y tendría un difícil acomodo para el resto de las medidas de alejamiento (Moya Malapeira, 2002, p. 208). Cuando menos, tampoco es incuestionable este carácter sancionador. ¿Qué es, pues? ¿La ejecución de un deber de salida? (Velasco, 2004, p. 13).

Sin embargo, el derecho positivo lo considera como una sanción administrativa, y esta consideración tendría que dar derecho a unas ciertas garantías frente a la actuación administrativa, como por ejemplo el control judicial, la audiencia y una cierta formalidad. Por lo que concierne al derecho a la salud, tanto si consideramos que es una ejecución de un deber de salida como si consideramos que la expulsión es una sanción que necesita un cierto *procedere*, en ambos casos el derecho a la salud tendría un papel importante como límite a la expulsión. Si la expulsión es sanción, ésta está limitada por la proporcionalidad (131 LRJAP-PAC), y si la expulsión es sólo ejecución de un deber de salida, el derecho a la salud encuentra protección mediante las situaciones de tolerancia por razones humanitarias, como analizaremos en el punto siguiente.

Así, si convenimos que se trata de derecho sancionador, el administrador es un aplicador de la ley, y estará sometido al principio de proporcionalidad, y halla en los derechos fundamentales un límite derivado de la Constitución. En este sentido, la expulsión tiene como límite las razones humanitarias, que protegen una heterogeneidad de situaciones, entre las cuales encontramos la persecución política, en co-

nexión con la petición de asilo y la condición de refugiado.²⁷ Sin embargo, éste no es el único supuesto protegido por las razones humanitarias. Así, la concurrencia de razones humanitarias significa que, al expulsar a una persona, ésta puede ver vulnerados sus derechos fundamentales (vida, integridad física, prohibición de tortura) cuando en su país de origen hay un conflicto armado²⁸ o condiciones que no aseguren un pleno ejercicio de estos derechos. Cuando la vulneración tenga como causa la inexistencia de recursos para proteger a una persona de la enfermedad, también concurren razones humanitarias que impiden la expulsión. Éste es el sentido de los casos BB contra Francia y D contra el Reino Unido, como, también, en cierta manera, el del caso Mouisel, en tanto en cuanto protegen el estado de salud del interesado (entiéndase vida e integridad física).

Sólo nos queda decir que las condiciones de salud se protegen mediante el juicio de proporcionalidad, porque éste tiene en cuenta las circunstancias del presunto infractor. Sin embargo, ¿en qué consiste la proporcionalidad? La proporcionalidad no es hija de la nada, sino que tiene un significado concreto y es lo que nos hará entender la evolución del derecho humanitario como medidas necesarias para la protección del derecho a la salud. La proporcionalidad es el resultado del examen de atributos como la necesidad, la racionalidad o adecuación y la proporcionalidad en sentido estricto (González, 2003, p. 72). Esta concepción está en consonancia con los parámetros utilizados por el TEDH (necesidad de la medida en una sociedad democrática), sin embargo es seguramente el TC quien ha dado una respuesta más ajustada a esta concepción. En efecto, según el TC,²⁹ «el principio de proporcionalidad es representante en cada momento histórico de la soberanía popular». Aunque la expresión no puede ser muy acertada, define el carácter dinámico del principio de proporcionalidad, que da lugar a la evolución de los derechos fundamentales en un determinado sentido (unívoco y que yo he entendido aquí como una extensión de la *vis* jurídica de los derechos fundamentales dirigida a los derechos de ámbito social).

2.3. Límites a la ejecución de la expulsión por razones humanitarias

El privilegio de la ejecutoriedad también tiene un espacio en este conjunto normativo, ya que, aparte de lo establecido en el art. 56 LRJAP-PAC, la normativa en materia de extranjería realiza una especial caracterización de esta figura, disponiendo la plena ejecutoriedad de los actos administrativos de expulsión. La reforma *ope* LO 8/2000 introduce en el art. 63 un cuarto punto que dice: «la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de manera inmediata».

Esta posibilidad ya había sido censurada por el Tribunal Constitucional.³⁰ Este régimen obliga a la Administración a hacer ponderaciones *contra legem* en el caso de

27. STS de 17 de julio de 2003; STS de 11 de octubre de 2002.

28. Este conflicto armado tiene que darse en la zona de origen de la persona, con independencia de que en algún punto del territorio nacional de aquel Estado haya un conflicto armado. Véase STSJCan de 12 de junio de 1997, FJ 4, donde se realiza una interpretación de este concepto.

29. STC 55/1996, FJ 8, que consolida la expresión ya utilizada en las STC 11/1981 y 332/1994.

30. STC 115/1987 (FJ 4 *in fine*), sentencia que resolvía un recurso de inconstitucionalidad contra la ya derogada Ley de extranjería (LO 7/1985) y, en especial, este régimen de ejecutoriedad.

perjuicios irreparables o casos de nulidad de pleno derecho (art. 111.2 LRJAP-PAC). De esta manera, con el fin de aplicar las medidas cautelares, habrá que llegar a la jurisdicción contencioso-administrativa (Nieto Martín, 2001, p. 26). El Tribunal Supremo, de acuerdo con el artículo 129 LJCA, aplica la suspensión de la ejecución por razones humanitarias como medida cautelar hasta que no sea resuelta la procedencia de la expulsión, limitando los efectos del régimen de ejecutoriedad instaurado por la normativa de extranjería.³¹ Para el TS, con el fin de examinar la adopción de medidas cautelares que supongan la suspensión de la ejecutoriedad, tiene que realizarse un juicio de ponderación entre los intereses contrapuestos. En este caso no estamos ante el principio de proporcionalidad,³² sino que se trata de una ponderación entre interés público y el interés particular del afectado. Se trata, sin embargo, de una operación arriesgada en el marco de las relaciones entre Estado y sociedad que se llevan a cabo en el Estado social (véase Rodríguez, 1999, p. 113).

Este juicio de ponderación intenta aclarar cuál de los intereses está en juego: el interés público —que estaría amenazado cuando la estancia del extranjero, mientras se celebra el litigio principal, supusiera un peligro para el interés general o público— y, por otra parte, el interés particular. Cuando el derecho del individuo expuesto es su derecho a la vida y a la integridad física así como la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, la ejecutoriedad supondría la vulneración de estos derechos (haciendo que el recurso pierda su finalidad en el sentido del art. 130.1 LJCA).

De acuerdo con estas consideraciones, que podemos extraer de la jurisprudencia del TS, vemos que no se trata de una cuestión de adecuación y racionalidad, sino más bien de un conflicto entre intereses. Es de esta manera como el rango de los derechos fundamentales es más potente que los intereses del orden público, en la medida que, si bien el ejercicio de los derechos fundamentales³³ no podría llevarse a cabo en caso de inmediata ejecución, la ejecución de la expulsión es susceptible de aplicación una vez finalizado el proceso principal. En este sentido, podemos constatar que el derecho a la tutela judicial efectiva también se encuentra gravemente afectado (Tornos, 1999, p. 217).

En la tutela cautelar que se produce en el seno de la revisión jurisdiccional de los procedimientos administrativos de expulsión confluyen derechos de diferente sustancia (derecho a la vida y a la integridad física, derecho a la salud) que aumentan su potencial gracias al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que enriquece su contenido y, al mismo tiempo, aumenta su valor jurídico.

Vemos, pues, que el límite a la prerrogativa de la ejecutoriedad no es aplicable siempre, y que sus límites se encuentran, ya no en la aplicación del principio de proporcionalidad, como sucede con respecto al fondo del asunto, sino mediante la

31. STS de 17 de abril de 2001 y de 11 de diciembre de 2001.

32. Esta argumentación jurídica es la que se desprende de la STJCE de 27 de octubre de 1977, asunto C-30/77, *Bouchereau*. El abogado general La Pergola alegaba que la ponderación entre el derecho del particular a no ser expulsado y el orden público gira alrededor del test de discriminación y de proporcionalidad de la medida. El Tribunal no entra.

33. Puede tratarse del derecho a la vida y/o a la tutela judicial efectiva (STS de 17 de abril de 2001, FJ 2).

aplicación directa de los derechos fundamentales, tal como hace la jurisprudencia examinada. Igualmente lo entiende el TEDH en los asuntos D contra el Reino Unido y BB contra Francia, que hemos visto con anterioridad.

3. ¿Final feliz?

El derecho administrativo (el derecho de extranjería y el derecho sanitario) se ve sometido a prueba constantemente, y los acontecimientos migratorios le ponen dudas por resolver, atrayendo la atención de la opinión pública. Los hechos hablan por sí mismos. Esta normativa necesita una cierta flexibilidad —es lo que Zagrebelsky (1999) ha llamado *derecho dúctil*—, y la flexibilidad está representada por tolerancias y razones humanitarias que suavizan el contenido.

Ahora bien, estas situaciones de tolerancia, estas razones humanitarias que las motivan, no se encuentran tratadas sistemáticamente en el ordenamiento jurídico, sino que son el producto de la aplicación directa de los derechos fundamentales (derecho a la vida y a la integridad física, derecho a la tutela judicial efectiva). Este razonamiento se encuentra ya en las reacciones del agente de policía que veíamos en el inicio. Consecuentemente, nos hemos preguntado si se está protegiendo el derecho a la vida o el derecho a la salud. La respuesta es difícil hablando jurídicamente. Aquí se ha sostenido que se protege el derecho a la vida, pero indirectamente se da protección al derecho a la salud. Lo que esto no nos dice es en qué se concreta esta protección de la salud, las cualidades de la asistencia sanitaria que se erige en corolario del derecho a la vida y del derecho a la salud. Se ha insinuado aquí que el derecho europeo ofrece una lectura más amplia del derecho a la vida y a la integridad física y de la prohibición de tortura, incluyendo la protección de la salud. ¿Es eso verdad? ¿Convierte el derecho europeo los derechos sociales en derechos fundamentales? ¿O sólo amplía el contenido esencial de los derechos fundamentales?

En cuanto a los procedimientos de expulsión, el derecho a la salud impone límites a la Administración. A la hora de tramitar el procedimiento sancionador, el principio de celeridad no puede permitir una merma de los derechos examinados (vida, integridad física, salud), ni tampoco del derecho a la tutela judicial efectiva, cosa que ha originado la crítica de doctrina y sectores sociales. Estos límites pueden extenderse al momento de la ejecución, si existen o persisten problemas de salud graves. Cuando menos, estas razones humanitarias exigen una prestación sanitaria, que no está bien definida en el ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, ¿qué atención sanitaria podrán recibir Claudia y su hijo? ¿Tendrán que pagarla? ¿Si su marido cae enfermo, tiene derecho a asistencia sanitaria gratuita?

Nuestra normativa no resuelve estas dudas de forma contundente y, de hecho, en muchos casos la respuesta sería causante de una desigualdad material. La regulación del derecho a la protección de la salud podría causar agravios comparativos: que una persona con recursos disfrutara de asistencia sanitaria gratuita —una de las mejores de Europa— y que una persona sin recursos estuviera obligada a pagar las consultas, los medicamentos, etc. Así pues, ¿derecho o tolerancia?

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. Valencia, 2000.
- Aja, E. et al. *Immigració, autonomia i integració*. Institut d'Estudis Autonòmics-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 Autonòmics 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 del 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», en AAVV. *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». Tornos Mas, J. (coord.). *Los servicios sociales de atención a la tercera edad, el caso de Cataluña*. Tirant lo Blanch - Institut de Dret Públic. Valencia, 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». 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. Cizur Menor, 2003.
- Hailbronner, K. «Els models alemany i austríac. Trets bàsics de la reglamentació d'immigració i integració a Alemanya i Àustria» AAVV. *Immigració, autonomia i integració*. Institut d'Estudis Autonòmics-Institut Català de la Mediterrània. Barcelona, 2002.
- Lucas, J. de. *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*. Icaria. Barcelona, 1996. (Anrazyt, núm. 94).
- Malaret i Garcia, E. «Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento». 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 Bargó, 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.
- Navarro Munuera, A. E. «Estado social y artículo 50 de la Constitución». 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*, 2000, y también en Casado, M. (dir.). *Materiales de bioética y derecho*. Cedecs. Barcelona, 1996. [Tesis leída en la Universidad de Barcelona]
- Navarro Munuera, A. E. «El marco constitucional de los derechos sociales en el ordenamiento español». *Diritto pubblico*, 1997, núm. 2.
- Nieto, A. *Derecho administrativo sancionador* (2ª ed.). Ed. Tecnos. Madrid, 1994.
- 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». 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, enero 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-Institut de Dret Públic. Valencia, 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». AAVV. *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. de Moya Escudero y Comares, M.]
- 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”». AAVV. *Ciudadanía y extranjería*, monográfico VI de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Zaragoza, 2003.
- Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta. Madrid, 1999.

Siglas utilizadas:

Cc (Código civil), **CA** (comunidad/es autónoma/s), **CE** (Constitución española), **CEDH** (Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950), **LGS** (Ley 48/1986, de 25 de abril, general de sanidad), **LRJAP-PAC** (Ley 30/1992, de 16 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), **OMCEI** (Orden ministerial de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros), **OIT** (Organización Internacional del Trabajo), **REDILE** (Real decreto 864/2001, de 20 de julio, por el cual se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre), **SNS** (sistema nacional de salud), **STC** (Sentencia del Tribunal Constitucional), **STEDH** (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), **STJCE** (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), **STS** (Sentencia del Tribunal Supremo), **STSJAn** (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía), **STSJCan** (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias), **STSJCat** (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), **TEDH** (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), **TIDILE** (texto integrado de derechos y libertades de los extranjeros, Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, reformada por la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre), **TJCE** (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas).