

COLECCIÓN
DERECHO SANITARIO, BIOTECNOLÓGICO Y
CIENCIAS DE LA VIDA

EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA DE LOS EXTRANJEROS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA

Eulalia Fernández Méndez



COLECCIÓN
DERECHO SANITARIO, BIOTECNOLÓGICO Y
CIENCIAS DE LA VIDA

Director:

Luis SARRATO MARTÍNEZ
Profesor de Derecho Administrativo,
Universidad Pública de Navarra. Doctor en Derecho.

Consejo editorial:

José Francisco ALENZA GARCÍA
Catedrático de Derecho Administrativo,
Universidad Pública de Navarra.

Nuria AMARILLA MATEU
Abogada especialista en Derecho
farmacéutico y Derecho alimentario.

José María ANTEQUERA VINAGRE
Enfermero y Abogado. Profesor de
Derecho Sanitario y Bioética de la
Escuela Nacional de Sanidad.

María Luisa ARCOS VIEIRA
Catedrática de Derecho Civil,
Universidad Pública de Navarra.

Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE
Doctor en Derecho. Ex Presidente de
la Asociación Juristas de la Salud.

Francisco Javier BLÁZQUEZ RUIZ
Catedrático de Filosofía del Derecho,
Universidad Pública de Navarra.

Francisco Miguel BOMBILLAR SÁENZ
Profesor titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Granada.

Carlos COELLO MARTÍN
Doctor en Derecho. Magistrado-Juez
de lo Contencioso-Administrativo.

César CIERCO SEIRA
Catedrático de Derecho Administrativo,
Universidad de Lleida.

María Victoria DE DIOS VIÉITEZ
Profesora titular de Derecho Administrativo,
Universidad de A Coruña.

Federico DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
Profesor agregado de Derecho
Constitucional, Universidad
Pontificia Comillas (ICADE).

Antonio EZQUERRA HUERVA
Profesor titular de Derecho Administrativo,
Universidad de Lleida.

Nuria GARRIDO CUENCA
Catedrática de Derecho Administrativo,
Universidad de Castilla La Mancha.

Cristina GIL MEMBRADO
Catedrática de Derecho Civil,
Universidad de las Islas Baleares.

Javier GARCÍA AMEZ
Profesor Ay.D. de Derecho Penal,
Universidad de Oviedo.

David LARIOS RISCO
Miembro del Cuerpo Superior de Letrados
de la Administración de la Seguridad Social.
Presidente de la Asociación Juristas de la Salud.

Eduardo OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ
*Médico. Catedrático de Medicina Legal
y Forense, Universidad de Murcia.*

Juan PEMÁN GAVIN
*Catedrático de Derecho Administrativo,
Universidad de Zaragoza.*

Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ
*Catedrático de Derecho Administrativo,
Universidad de Almería.*

Laura SALAMERO TEIXIDÓ
*Profesora agregada de Derecho
Administrativo, Universidad de Lleida.*

Javier SÁNCHEZ-CARO
*Profesor de Derecho Sanitario y Bioética
de la Escuela Nacional de Sanidad.*

Luis SARRATO MARTÍNEZ
*Profesor As.D. de Derecho Administrativo,
Universidad Pública de Navarra. Vocal del Comité
de Bioética de la Comunidad Foral de Navarra.*

José VIDA FERNÁNDEZ
*Profesor Titular de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

COLECCIÓN
DERECHO SANITARIO, BIOTECNOLÓGICO Y
CIENCIAS DE LA VIDA

3

EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA DE LOS EXTRANJEROS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA

Eulalia Fernández Méndez

COLEX 2024

Copyright © 2024

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© Eulalia Fernández Méndez

© Editorial Colex, S.L.
Calle Sol, número 20, bajo
A Coruña, C.P. 15003
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1194-604-9
Depósito legal: C 1199-2024

A mi familia y a todos mis amigos.

Gracias a mis hermanos, Diego y Alberto, por respetar siempre mis tiempos, sois únicos. También quiero mencionar a mi padre que, aunque ya no esté presente, siempre está entre nosotros. Gracias a mis tíos, siempre pendientes de mí.

Gracias Fabián, mi marido, por tanto sacrificio en silencio.

A mi hija, Olaya, por caminar juntas en este viaje.

A mi madre, Maribel, a la que, sin pedir nada a cambio, me ha dado todo lo que soy. Es la persona en la que me miro todos los días, en su esfuerzo, su dedicación y entrega. La que da todo sin pedir nada a cambio, y la que te ayuda a levantarte cuando sufres una caída.

A mis Directores por la ayuda incondicional recibida. Sin ellos no hubiera sido posible resistir y llegar hasta aquí.

SUMARIO

PRÓLOGO

Prólogo	15
---------------	----

ABREVIATURAS

Abreviaturas	17
--------------------	----

INTRODUCCIÓN

Introducción	19
--------------------	----

CAPÍTULO I

LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA: IDENTIFICACIÓN, MARCO JURÍDICO Y LIBERTADES DE CIRCULACIÓN

1.1. Identificación de los extranjeros en situación administrativa irregular en España	25
1.2. Marco jurídico	33
1.2.a) Derecho migratorio internacional	33
1.2.b) Derecho migratorio europeo	49
1.2.c) Derecho migratorio nacional	62
1.2.c).1. Precedentes y marco constitucional del artículo 19 CE	63
1.2.c).2. Configuración legal de las libertades de circulación	72
1.3. Recapitulación	80

CAPÍTULO II

EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR

2.1. La dignidad humana como marco valorativo del estatuto iusfundamental de los extranjeros en situación irregular	83
2.1.a) La dignidad humana en el derecho constitucional comparado	85
2.1.b) La dignidad humana en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	91

SUMARIO

2.1.c) La dignidad humana en la Constitución Española de 1978	96
2.2. Papel del Derecho Internacional de los derechos humanos en la interpretación de los derechos de los extranjeros en situación irregular. El artículo 10.2 de la Constitución Española	110
2.2.a) Textos internacionales	122
2.2.b) Textos europeos	127
2.3. La configuración constitucional de los derechos de las personas extranjeras en situación irregular	134
2.3.a) La igualdad en la interpretación de los derechos de los extranjeros en situación irregular	134
2.3.b) Marco constitucional español de los derechos de los extranjeros	137
2.3.c) Derechos constitucionales de los extranjeros en situación irregular en España	142
2.4. Recapitulación	151

CAPÍTULO III LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

3.1. El derecho a la salud en el plano internacional	154
3.2. Configuración constitucional del derecho a la protección de la salud	161
3.2.a) El derecho a la salud como derecho a las prestaciones sanitarias del Estado	168
3.2.b) El derecho a la protección de la salud en el ámbito de la salud pública	176
3.2.c) El derecho a la salud como derecho fundamental	182
3.2.c).1. Reconstrucción dogmático-constitucional del derecho a la salud como derecho fundamental	182
3.2.c).2. Garantías constitucionales del derecho a la salud como derecho fundamental	190
3.3. Plasmación constitucional del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular	202
3.4. Recapitulación	206

CAPÍTULO IV LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO DE ASISTENCIA SANITARIA DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN SITUACIÓN IRREGULAR

4.1. Desarrollo legal del derecho a la protección de la salud en España. El Sistema Nacional de Salud	209
4.1.a) El Sistema Nacional de Salud	210
4.1.a).1. Antecedentes	210
4.1.a).2. Configuración vigente del sistema sanitario en España	217
4.1.a).3. Sostenibilidad financiera del sistema sanitario en España	229
4.1.b) Prestaciones del sistema sanitario español	244
4.1.b).1. Consideraciones generales	244

SUMARIO

4.1.b).2. Garantías de las prestaciones sanitarias	248
4.1.b).3. Sistema de prestaciones del Sistema Nacional de Salud.	253
4.2. Cobertura sanitaria de los extranjeros en situación irregular conforme a la vigente Ley 16/2003	257
4.2.a) Universalización de la asistencia sanitaria pública	262
4.2.b) Cambio hacia un modelo de aseguramiento	263
4.2.b).1. Ámbito internacional.	264
4.2.b).2. Ámbito nacional	265
4.2.c) El retorno a la universalidad (matizada)	271
4.2.c).1. Justificación de la reforma	271
4.2.c).2. Contenido del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud	272
4.2.c).3. Aplicación por las comunidades autónomas del artículo 3 ter	280
4.3. Disfunciones en la satisfacción del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares	284
4.3.a) Atención sanitaria en situaciones extraordinarias	285
4.3.b) Otras situaciones	288
4.3.c) Colectivos que cuentan con normativa específica.	294
4.3.d) El papel de las entidades del tercer sector y otras organizaciones	301
4.4. Recapitulación	303

CAPÍTULO V

EL ESTATUTO DEL PACIENTE EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR

5.1. Estatuto del paciente extranjero en situación irregular: Relevancia constitucional en relación con el derecho a la asistencia sanitaria	307
5.2. El derecho a la información sanitaria: especial referencia al derecho al diagnóstico	312
5.2.a) Información clínica.	313
5.2.b) Información epidemiológica	317
5.2.c) Derecho de información sobre el Sistema Nacional de Salud	318
5.2.d) El derecho de información sobre la libre elección de médico y centro	320
5.3. El consentimiento informado. Especial referencia al menor y discapacitado extranjero irregular.	321
5.3.a) El consentimiento informado.	321
5.3.b) El consentimiento informado por representación de los extranjeros en situación administrativa irregular con capacidad limitada y de los menores de edad	327
5.3.b).1. El consentimiento informado por representación de los extranjeros en situación administrativa irregular con capacidad limitada	328
5.3.b).2. Extranjeros en situación administrativa irregular menores de edad (artículo 9.3.c) y 9.4 LAP)	332
5.4. Derecho a la intimidad	336

SUMARIO

5.5. Derecho a disponer de una historia clínica y acceder a ella	344
5.5.a) Derecho del extranjero en situación irregular a disponer de historia clínica	345
5.5.b) Derecho del extranjero en situación irregular para acceder a su historia clínica	351
5.6. Otros derechos como paciente: derecho a acudir al defensor del paciente. .	355
5.7. Gastos sanitarios y formas de acceso al Sistema Nacional de Salud.	358
5.7.a) Asistencia sanitaria de las personas extranjeras no autorizadas como residentes en España sin derecho a la asistencia sanitaria que accede a la asistencia sanitaria con la condición de paciente privado	360
5.7.b) Personas extranjeras no autorizadas como residentes en España sin derecho a la asistencia sanitaria y sin recursos económicos	364
5.7.c) Los gastos sanitarios derivados de ciertas prestaciones sanitarias (la cirugía plástica reparadora, rehabilitación, farmacéutica).	366
5.7.c).1. Prestaciones sanitarias vinculadas	366
5.7.c).2. Prestación farmacéutica	368
5.8. Recapitulación	370

CONCLUSIONES FINALES

Primera	377
Segunda	378
Tercera.	381
Cuarta	385
Quinta	387

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía	377
------------------------	-----

INFORMES Y DOCUMENTOS	409
---------------------------------	-----

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia	411
Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	411
Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	412
Sentencias de tribunales constitucionales.	413
Sentencias del Tribunal Supremo y otros.	419

PRÓLOGO

Prologar un libro es siempre una tarea grata, porque normalmente existe algún vínculo entre el prologuista y el prologado. Pero en este caso la tarea es doblemente grata, no solo porque hayamos sido dos los directores de la tesis doctoral que ahora ve la luz como libro, y, por tanto, seamos también dos los prologuistas, sino porque el texto que aquí se publica es un gran trabajo del que la autora puede sentirse orgullosa y del que la comunidad jurídica se va a beneficiar ampliamente. La autora, a la que conocemos desde hace más de diez años cuando cursó el Máster Universitario en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables de la Universidad de Oviedo, siempre tuvo en mente, en tanto parte de su crecimiento personal y profesional, estudiar el tema de este libro «El Derecho a la asistencia sanitaria pública de los extranjeros inmigrantes en situación irregular en España», primero, como objeto de su trabajo fin de Máster y, después, como objeto de su tesis doctoral.

En este libro sobre Eulalia Fernández ha demostrado no solo el rigor y capacidad de trabajo que atesora, sino también que se puede combinar exitosamente en un trabajo de investigación jurídica la construcción teórica con el conocimiento de la práctica aplicativa de la legislación sobre la asistencia sanitaria pública. El análisis que en el mismo se contiene no solamente ha de servir, creemos, a la mejora del conocimiento científico-jurídico, sino que también servirá para mejorar, esperamos, la práctica de la gestión sanitaria en lo que respecta a este colectivo vulnerable de los extranjeros en situación irregular, así como para orientar las políticas legislativas en lo que respecta a la satisfacción del derecho a la asistencia sanitaria pública. En este sentido podemos decir que el doble objetivo que la autora se propuso cuando comenzó la investigación se da por sobradamente cumplido.

Tras un capítulo primero de identificación y presentación de la inmigración irregular en España, la tesis de fondo que late en el trabajo, y lo que le da mayor valor, aparece en los capítulos dos y tres del mismo. Dicha tesis radica en afirmar que los extranjeros inmigrantes en situación irregular en España también disfrutan *ex constitutione* del derecho a la protección de la salud, particularmente en todo aquello que está vinculado a sus derechos funda-

mentales de titularidad universal, como la integridad física, la intimidad o el *habeas data*, y que ello convierte a estas personas también en acreedores de algunas facetas del derecho a la asistencia sanitaria pública. Se trata de una tesis valiente y decidida, que la autora sostiene tras un exhaustivo análisis de la doctrina constitucional sobre la titularidad de los derechos fundamentales, el papel que juegan la dignidad de la persona y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España en la interpretación de aquéllos, y la consiguiente reconstrucción que ello implica del contenido constitucional del art. 43 de la Constitución de 1978.

Pero no contenta con eso, que en sí ya sería suficiente para darle contenido a esta publicación, Eulalia nos ofrece un análisis crítico, conforme a esta construcción constitucional previamente elaborada, tanto de la evolución que ha experimentado desde sus inicios la configuración legal del derecho a la asistencia sanitaria, como del estatuto jurídico del paciente extranjero en situación irregular, a día de hoy resultante de aquella. Y es en estos dos aspectos, que abarcan los capítulos cuatro y cinco, donde la autora demuestra más soltura a la hora de analizar críticamente el amplio y preciso conocimiento que tiene de la práctica administrativa de la gestión sanitaria, derivada de su desempeño profesional en la Consejería de Salud del Principado de Asturias, a la luz de la construcción teórico-constitucional que antes había hecho de la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria. Algo que pocas veces se había hecho hasta ahora y que ella desarrolla con gran acierto.

El resultado final es, si rescatamos algunas de las opiniones del tribunal de tesis que decidió conceder el sobresaliente cum laude por unanimidad, un libro que consigue hilar dos lógicas, la de Derecho constitucional y la de Derecho de la extranjería, de una forma fluida y bien trabada, y presentar unas conclusiones que transitan desde la configuración constitucional a la legal, desde la reflexión más general a los análisis de detalle, desde una experiencia profesional a la construcción más científica. En definitiva, conocimiento y transferencia del mismo nos parecen una excelente carta de presentación.

En Oviedo, a 15 de mayo de 2024

Benito Aláez Corral

Catedrático de Derecho Constitucional

Ángel Espiniella Menéndez

Catedrático de Derecho Internacional Privado

ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ATC	Auto Tribunal Constitucional
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAAS	Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDAW	Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIEs	Centros de Internamiento de Extranjeros
CISNS	Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud
CIT	Confederación Internacional del Trabajo
CPFF	Consejo de Política Fiscal y Financiera
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
LAP	Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
LCSNS	Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud
LFB	Ley Fundamental de Bonn
LGS	Ley General de Sanidad
LJCA	Ley Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOE	Ley Orgánica Extranjería
LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria
LOPJM	Ley Orgánica Protección Jurídica del Menor

LOTG	Ley Orgánica Tribunal Constitucional
OG	Observación General
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización no gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PRPSE	Principio Rector de la Política Social y Económica
Reg.LOE	Reglamento Ley Orgánica de Extranjería
SNS	Sistema Nacional de Salud
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STIJ	Sentencia del Tribunal Internacional de Justicia
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Cuando alguien decide iniciarse en una tarea de investigación debe justificar previamente las motivaciones que le llevan a tomar esta decisión. En realidad son muchas, pero podría resumirlas en dos: la búsqueda de conocimiento y avanzar en un mundo mejor para todos, especialmente para los más vulnerables.

El objeto principal de esta Tesis se centra en determinar el alcance de la titularidad y ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria pública de los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular en España.

Los cambios de modelo en la configuración del acceso a la asistencia sanitaria pública habido en los últimos años incitan a que se investigue jurídicamente sobre esta cuestión, ya que el Derecho a la asistencia sanitaria tiene una proyección relevante sobre la propia vida de las personas. Resulta necesario analizar críticamente conforme a la normativa y la jurisprudencia internacional, constitucional y legal, el alcance de la titularidad y contenido de este derecho respecto de las personas extranjeras inmigrantes en situación irregular.

Tres son los objetivos principales de la investigación. Por un lado, delimitar quiénes son los extranjeros inmigrantes en situación irregular en España. Por otro lado, determinar cuáles son sus derechos humanos y constitucionales, y si forma parte de ellos, en particular, el derecho a la asistencia sanitaria. Por último, determinar qué contenido protegido abarca respecto de dicho colectivo el Derecho a la asistencia sanitaria pública.

Fundamentalmente, se tratará de analizar, investigar y argumentar jurídicamente si el marco jurídico legal establecido para el acceso a la asistencia sanitaria pública de los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular se adecúa a las bases constitucionales existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Y, una vez delimitado este derecho, se expondrá, en el último capítulo, los derechos que pudieran ostentar los extranjeros en situación administrativa irregular dentro del servicio sanitario.

Para ello, se ha establecido un planteamiento de investigación que va de lo general a lo particular. La configuración de la titularidad y ejercicio de los derechos constitucionales de los extranjeros, especialmente los que se encuentran en situación administrativa irregular, requiere de la aplicación sistemática de la Constitución. Es decir, supondrá la necesidad de conocer y comprender el sentido y alcance de las disposiciones normativas, junto con los pronunciamientos jurisprudenciales, considerándolas como parte integrante de un sistema jurídico coherente.

Especialmente relevante para nuestra investigación será la previsión del artículo 10 CE, en sus dos apartados, ya que determina y condiciona la interpretación sobre la titularidad de los derechos de los extranjeros (artículo 13 CE). La dignidad humana es inherente a la condición del ser humano y corresponde a cualquier persona, con independencia de su situación administrativa. Y, los tratados internacionales serán canon hermenéutico en la interpretación de los derechos previstos en el Título I de la CE.

La investigación comienza con el examen jurídico de los aspectos generales en materia de extranjería (llegada a España de extranjeros, delimitación del colectivo en situación administrativa irregular) y, en materia de titularidad y ejercicio de derechos de los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular, profundizando específicamente en la configuración constitucional del Derecho a la protección de la Salud. Y, finaliza con el análisis crítico de la regulación legal del derecho a la asistencia sanitaria pública de los extranjeros inmigrantes en situación irregular (alcance de la cobertura sanitaria a favor de los extranjeros en situación irregular en España). Asimismo, se destina la parte final al análisis crítico de los derechos que pudieran corresponderles como pacientes del Sistema Nacional de Salud.

En el proceso de análisis para la aplicación concreta de las normas se ha tomado como base interpretativa no sólo los resultados (razonamientos jurídicos) generales previamente obtenidos sino también la jurisprudencia emanada de los distintos órganos jurisdiccionales, especialmente del Tribunal Constitucional. Y, nuestros razonamientos son fruto tanto del estudio del sistema normativo español como del estudio de los sistemas normativos europeos de nuestro entorno más próximo y con interés para esta investigación.

Los métodos de estudio empleados han sido varios. Hemos acudido al método sistemático como método de análisis de la totalidad de las normas jurídicas que garantizan la coherencia del sistema, comenzando por la Constitución española. Asimismo, se han analizado diversos textos internacionales generales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Carta Social Europea. Y, también se ha tenido en cuenta el ordenamiento jurídico comunitario (derecho originario y derecho derivado) para determinar cómo las normas de este ordenamiento afectan al derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros inmigrantes en situación irregular.

A partir de los textos normativos internacionales y constitucionales, mediante el método lógico-deductivo, se proyecta su formulación de los derechos humanos, derechos fundamentales y principios rectores de la política socio-económica en el problema concreto de la asistencia sanitaria pública a los extranjeros inmigrantes en situación irregular.

Asimismo, también se ha empleado el método comparado mediante el análisis de los sistemas normativos de nuestro entorno europeo más cercano, siempre que fueran significativos para nuestro objeto de estudio.

Y, finalmente, se ha analizado una variada jurisprudencia, especialmente, los pronunciamientos derivados de nuestro Tribunal Constitucional, los cuales han empapado e irradiado la totalidad de los capítulos de este trabajo. En este caso, el método de investigación aplicado ha sido el lógico inductivo.

Por tanto, con estas premisas, se ha estructurado el estudio en cinco capítulos. El Capítulo I, es un capítulo que sirve para delimitar nuestro concreto ámbito subjetivo objeto de estudio. Para poder analizar el contenido concreto del derecho a la asistencia sanitaria pública resulta necesario previamente acotar a quién va dirigida nuestra investigación. Teniendo en cuenta la diversidad de regímenes jurídicos que presentan las situaciones de los extranjeros, la delimitación del ámbito subjetivo garantiza la precisión necesaria para desarrollar adecuadamente el contenido del derecho cuya titularidad y ejercicio pudiera corresponderles a los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular.

Este Capítulo I denominado «la inmigración irregular en España: identificación, marco jurídico y libertades de circulación» se desarrolla en tres apartados. Un primer apartado, dirigido a identificar quiénes son, dentro de las distintas categorías de extranjeros, los inmigrantes en situación administrativa irregular. Un segundo apartado destinado a delimitar el marco jurídico general que rodea al derecho migratorio, desde los planos internacional, europeo y nacional. Se analizará la titularidad, ejercicio y contenido del derecho a la libertad de circulación desde tres perspectivas diferentes: como derecho de entrada, como derecho de circulación y residencia efectiva en el territorio de un Estado, y, como derecho de salida. Finaliza el Capítulo I con un apartado denominado recapitulación que expondrá las consideraciones finales, y que se repetirá al final de todos los capítulos.

El Capítulo II bajo el título de «el estatuto constitucional de los extranjeros en situación irregular» presenta como finalidad principal conocer cuál es el estatuto constitucional de los extranjeros en situación irregular en nuestro país, dado que el mismo determinará la titularidad, alcance y contenido de su derecho a la asistencia sanitaria pública.

Consta de tres apartados diferenciados. Una primera parte destinada a profundizar en el alcance de la dignidad humana, cuya previsión constitucional se encuentra en el artículo 10.1 CE y que, como valor que fundamenta el orden político y social, impregna el estatuto iusfundamental de los

extranjeros en situación administrativa irregular en España. La segunda parte se centra en el papel que desempeña la previsión específica recogida en el artículo 10.2 CE para determinar el alcance de los derechos humanos en la interpretación de los derechos que pudieran corresponderle a los extranjeros en situación administrativa irregular. Y, el último apartado recoge la configuración constitucional de los derechos de los extranjeros en la Constitución española.

Expuesta la configuración constitucional de los derechos de los extranjeros, el Capítulo III se centra en el análisis de un concreto derecho constitucional. Es el derecho a la protección de la salud previsto en el artículo 43 CE. La finalidad que presenta su exposición permite determinar la titularidad y ejercicio de la configuración constitucional del derecho a la asistencia sanitaria pública de los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular, que como se verá, es uno de los contenidos del derecho a la protección de la salud. Lo que podríamos denominar el corazón de nuestra investigación.

Se estructura en tres epígrafes diferenciados, destinados al Derecho a la salud en el plano internacional como consecuencia de las conclusiones extraídas del papel que juega el artículo 10.2 CE. Un segundo epígrafe centrado en el análisis de la configuración constitucional del derecho a la protección de la salud de los extranjeros en España. Y, un último epígrafe, que plasma como queda configurado constitucionalmente el derecho a la asistencia sanitaria pública de los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular, en tanto que parte de la protección de la salud.

El planteamiento de lo general a lo particular, no sólo se refleja en el tránsito del Capítulo II al Capítulo III, sino también del Capítulo III al Capítulo IV. Bajo los parámetros generales del Capítulo III, analizamos en el Capítulo IV el cuerpo legislativo vigente en materia de asistencia sanitaria pública en relación a nuestro colectivo objeto de estudio.

Para ello, resulta fundamental distinguir entre una primera parte destinada a exponer la configuración general del Sistema Nacional Salud español como marco institucional que articula la satisfacción del derecho a la asistencia sanitaria, y, una segunda parte, destinada a determinar la concreta asistencia sanitaria pública a la que, dentro del Sistema Nacional de Salud, tienen derecho los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular. Y, finalmente, centraremos nuestro análisis en las eventuales disfunciones que presenta el modelo para satisfacer el derecho a la asistencia sanitaria pública de nuestro colectivo objeto de estudio.

Cerramos la investigación con el Capítulo V destinado al estatuto del paciente extranjero inmigrante en situación administrativa irregular en España. Está distribuido en siete apartados. Dichos apartados, resumidamente, engloban el conjunto de normas que se refieren a los derechos y obligaciones que en materia de información y documentación clínica afectan al personal sanitario, a las instituciones sanitarias y a los pacientes extran-

jeros en situación irregular, así como el derecho a su intimidad en el ámbito sanitario. La parte final se destina al estudio de las distintas formas de acceso al sistema sanitario con las que cuentan los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular, así como los gastos sanitarios derivados de algunas prestaciones públicas que presentan ciertas peculiaridades para nuestro colectivo de estudio.

Culmina la investigación con las conclusiones finales. Reflejan que solamente es posible configurar el derecho a la asistencia sanitaria pública de los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular en España cuando el Derecho Constitucional e Internacional van de la mano recorriendo el mismo camino.

CAPÍTULO I

LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA: IDENTIFICACIÓN, MARCO JURÍDICO Y LIBERTADES DE CIRCULACIÓN

1.1. Identificación de los extranjeros en situación administrativa irregular en España

El inicio de nuestro estudio debe partir de la delimitación subjetiva objeto de análisis, es decir, precisaremos a qué colectivo de extranjeros va dirigida nuestra investigación.

Para llegar a esa precisa delimitación subjetiva, será necesario realizar una exposición de la categoría jurídica de extranjero que se extienda de lo general a lo particular con el objetivo último de acotar y concretar el colectivo de extranjeros que será objeto de examen.

La exposición de este Capítulo se erige como condición necesaria para poder desarrollar adecuadamente el objeto principal de esta investigación. Efectivamente, antes de exponer el contenido del derecho a la asistencia sanitaria pública debe delimitarse previamente a quién va dirigido ese derecho. En nuestro caso, la delimitación del ámbito subjetivo constituye una premisa indispensable para el análisis posterior de la concreción legal del alcance del contenido del derecho a la asistencia sanitaria.

En primer lugar, será necesario definir el Derecho de extranjería propiamente dicho, así como el Derecho de inmigración a los efectos de discernir las diferencias que puedan existir entre ambas figuras. A continuación, nos centraremos en la delimitación de los conceptos de extranjero e inmigrante. Posteriormente, nos referiremos a la diversidad de regímenes jurídicos integrantes del Derecho de extranjería, y finalmente, se diferenciará entre las distintas situaciones administrativas en las que los extranjeros puedan encontrarse.

La extranjería es una categoría jurídico formal que denota la condición jurídica de los individuos que carecen de la nacionalidad de referencia, en nuestro caso, la española¹. De manera que el Derecho de extranjería constituye un sector del Ordenamiento cuyo objeto radica en determinar el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los extranjeros en nuestro territorio y atiende a definir las condiciones a las que deben adaptarse las personas que, sin ostentar la nacionalidad española, visiten o se establezcan en nuestro país².

En consecuencia, el Derecho de extranjería vendrá constituido por el conjunto de normas jurídicas aplicables a los individuos que carecen de la nacionalidad española.

Por su parte, podemos definir el derecho a inmigrar como la facultad de cualquier ser humano para fijar su residencia en el país de su elección y para desarrollar en él una actividad profesional que le permita su propia subsistencia y la de los familiares que de él dependan³. Sin embargo, no hay en nuestro ordenamiento ni en el comunitario un concepto normativo (constitucional-legal) de inmigración. Su utilización en documentos y normas internas e internacionales evidencia que se trata de un fenómeno social derivado de la existencia de extranjeros en un país con la finalidad concreta de prestar servicios, trabajar por cuenta ajena o propia, ante las dificultades en el país de origen, que le permitan alcanzar un nivel de subsistencia digno para ellos y su familia⁴.

Cabe preguntarse en este punto si extranjería e inmigración son dos nociones idénticas que en el mundo jurídico se emplean indistintamente o si, por el contrario, estamos en presencia de dos conceptos diferentes.

En este sentido, podemos adelantar que la inmigración es una parte integrante de la extranjería, entendida como aquel fenómeno socioeconómico integrado por el colectivo de personas que abandonando su país de origen se trasladan a otro país para mejorar, en diferentes ámbitos, sus condiciones de vida.

1 RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M. (ed.), *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006, p. 20.

2 ESPINAR VICENTE, J. M. y GUZMÁN PECES, M., *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, p. 127.

3 GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La protección social de los trabajadores extranjeros*, Universidad Pablo de Olavide, Expediente FIPROS-2006/94, Madrid, 2006, p. 82. Disponible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/37cada90-3821-4c78-ba53-e22ee3bfb7f9/94_F06.pdf?MOD=AJPERES (28/04/2023).

4 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «El derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Núm. 63, 2006, p. 254. Disponible en: <https://vlex.es/vid/factor-inmigrante-dialectica-ciudadania-350902>(28/04/2023).

Corresponde a continuación referirse a los conceptos de extranjero e inmigrante. Si atendemos a sus orígenes etimológicos, «extranjero», palabra que proviene del latín «extraneus», hace referencia a aquella persona cuya nacionalidad es distinta del país en que se encuentra. En un principio, se concibe al extranjero como aquel que viene de fuera, el que pertenece a una comunidad o grupo social ajeno⁵.

En España, es extranjero, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOE), a efectos de aplicación de esa Ley, los que carezcan de la nacionalidad española.

Como puede verse, la definición se hace por vía negativa en atención a un hecho diferencial que se pretende objetivo: es extranjero quién no sea español⁶.

Y, la nacionalidad se puede definir, desde la perspectiva legal, como el vínculo jurídico que une a la persona con el Estado⁷. Este vínculo tiene un doble contenido. La nacionalidad, además de ser un derecho, constituye un estado civil de las personas, en definitiva, su estatuto jurídico. A través de esta relación el individuo disfruta de unos derechos que puede exigir a la organización estatal a la cual pertenece, y esta, como contrapartida, puede imponerle el cumplimiento de unas obligaciones y deberes. En cuanto a los derechos, el vínculo Estado-individuo se concreta en el acceso a los cargos y funciones públicas y en el pleno goce de los derechos y libertades fundamentales, así como de los derechos civiles. El vínculo jurídico que une al Estado español con esas personas se denomina nacionalidad española⁸.

Por su parte, el término inmigrante es una noción descriptiva, que se refiere únicamente al extranjero que acude a otro país para paliar el estado de necesidad derivado de la imposibilidad de alcanzar y/o sostener un nivel mínimo de subsistencia en su país de origen⁹.

En este sentido, se entiende por inmigrante a la persona que se traslada a España con el fin de prestar sus servicios profesionales en nuestro país, por cuenta propia o ajena, con el fin de atender a su propio sustento y al de su

5 MASSÓ GARROTE, Marcos F., «Los Derechos y Libertades fundamentales de los extranjeros en el Nuevo Marco Legal e interpretativo de la Constitución Española», *Revista Boliviana de Derecho* N.º 11, enero 2011, p. 56. Disponible en: <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n11/a04.pdf> (12.03.2023).

6 ESPINAR VICENTE, J. M., *Extranjería e Inmigración en España*, Editorial Espinar Vicente, José María, Madrid, 2006, p. 50.

7 FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Derecho Español de la nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 19.

8 ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Nacionalidad española. Normativa vigente e interpretación Jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 17.

9 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «El derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante...», *op. cit.*, p. 254.

DERECHO SANITARIO, BIOTECNOLÓGICO Y CIENCIAS DE LA VIDA

Ser inmigrante en situación administrativa irregular no sólo significa ser un extranjero que acude a otro país para paliar el estado de necesidad derivado de la imposibilidad de alcanzar un nivel mínimo de subsistencia en su país de origen. También significa identificarte como un colectivo vulnerable en el país de llegada, dándote cuenta de que la titularidad de los derechos que te corresponden está condicionada por las normas jurídicas que rigen en los respectivos Estados.

Por ello, el objeto principal de esta investigación se centra en determinar el alcance de la titularidad y ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria pública de los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular en España.

Asimismo, hemos dedicado el último capítulo de este trabajo al estatuto del paciente. Sorprenderá conocer como los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular, una vez se encuentran dentro del servicio sanitario, son titulares de derechos en igualdad de condiciones que los españoles.

En consecuencia, bajo este planteamiento se analizará jurídicamente la configuración del Derecho a la asistencia sanitaria pública de los extranjeros inmigrantes que se encuentran en situación administrativa irregular en España, así como otros derechos constitucionales que pudieran corresponderles en el ámbito sanitario.



EULALIA FERNÁNDEZ MÉNDEZ

Eulalia Fernández Méndez (Carril-Las Regueras, Asturias, 1983) es Licenciada en Derecho por la Universidad de Oviedo. Cuenta con varios estudios de Postgrado, destacando el Máster Universitario en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables. Doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo por la tesis titulada *El Derecho a la asistencia sanitaria pública de los extranjeros inmigrantes en situación irregular en España*. Profesionalmente es funcionaria de carrera del Cuerpo Superior de Administradores del Principado de Asturias desde 2011, prestando sus servicios mayoritariamente en el ámbito sanitario. Desempeñó el cargo de Secretaria General Técnica de la Consejería de Sanidad/Salud durante el período 2018-2023.

PVP: 35,00 €

ISBN: 978-84-1194-604-9



9 788411 946049