





**LA PROTECCIÓN SOCIAL DE
LAS PERSONAS INMIGRANTES:
UN MODELO GARANTISTA**

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de publicaciones

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS INMIGRANTES: UN MODELO GARANTISTA

Belén del Mar López Insua

Profesora Titular de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

Colección: Atelier Laboral

Directores:

José Ignacio García Ninet

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Este trabajo ha sido financiado por el Ministerio de Economía, Industrial y Competitividad con cargo al Proyecto de Investigación «Envejecimiento activo y Vida Laboral: Trabajadores maduros y pensionistas productivo» (Proyecto I+D+i DER2017-85096-R)



**UNIVERSIDAD
DE GRANADA**

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2020 Belén del Mar López Insua

© 2020 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: atelier@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18244-00-1

Depósito legal: B-11041-2020

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

Decía el poeta granadino «... sé que no hay un camino recto. No hay un camino recto en este mundo. Solo un laberinto gigante de cruces e intersecciones». Por esta razón, quiero dedicar este libro a todas aquellas personas que durante esta tortuosa, pero gratificante carrera universitaria, me han prestado su ayuda y apoyo incondicional.

En especial:

A mi maestro José Luis Monereo Pérez, quien en todo momento ha sabido guiarme y mostrarme los entresijos de este gran mundo *iustlaboral* al que, hoy día, me dedico con entusiasmo. No es mejor maestro el que más sabe, sino el que mejor enseña. Por todo ello, mil gracias por erigirte en brújula que activa los imanes de la curiosidad, conocimiento y sabiduría en sus discípulos.

A mis padres y hermanos, José Luis y Alberto, por su paciencia y confianza hacia mi trabajo. No hay familias perfectas, por ello siempre hay que tener en cuenta los momentos buenos y los no tan buenos, de ahí que pueda afirmar que disfrutamos y aprendemos de todos.

Muy especialmente, quisiera darle las gracias a mi compañero inseparable de camino, mi Marido Pablo, quien siempre me ha dado fuerzas para no decaer y me ha animado a seguir trabajando en este duro camino.



ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN	21
LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES ..	27
1. Precariedad laboral, políticas de empleo y desprotección social de inmigrantes: la prestación por desempleo en el marco del Estado Social de derecho	27
2. Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores inmigrantes: especial referencia a la protección por desempleo	32
2.1. Prestaciones de Seguridad Social para inmigrantes: marco normativo regulador y panorámica general	35
2.2. La protección por desempleo de los inmigrantes: niveles de protección, trabajo sumergido, retorno y principio de igualdad ...	44
2.2.1. El acceso de los trabajadores inmigrantes regulares al desempleo	49
2.2.2. La radical exclusión de los trabajadores inmigrantes irregulares de la protección por desempleo: un antes y un después	55
2.2.3. Nivel asistencial por desempleo y trabajadores inmigrantes: controversia y doctrina judicial	71
2.2.3.1. El Nivel asistencial básico	71
2.2.3.2. Las rentas activas de inserción como elemento de fomento para el retorno al mercado de trabajo de los inmigrantes desempleados en España	74
2.3. La garantía para unas rentas mínimas a nivel autonómico y la propuesta <i>de lege ferenda</i> de una renta mínima garantizada a nivel nacional como Seguridad Social no contributiva	79

3. Conclusiones.	85
ASISTENCIA SOCIAL, SERVICIOS SOCIALES Y SEGURIDAD SOCIAL.	
LA PROTECCIÓN ESPECÍFICA POR DEPENDENCIA	89
1. Crisis migratoria y control de flujos: Una política europea insuficiente para la protección de la ciudadanía social.	89
2. El Derecho a la Seguridad Social, asistencia social y servicios sociales en la Unión Europea	95
2.1. Asistencia social <i>versus</i> Seguridad Social a la luz de los reglamentos de coordinación y de la Directiva 2004/38/CE.	98
2.2. Asistencia social y servicios sociales para inmigrantes en España	103
3. La protección por dependencia: problemática general y sistemas de coordinación comunitaria.	107
3.1. Sistemas de coordinación comunitaria aplicable a las prestaciones por dependencia	108
3.2. Empleo irregular y retroceso en la regulación de la protección por dependencia	110
3.3 La protección jurídico-social de inmigrantes dependientes en España	113
4. Conclusiones.	117
AVANCES Y RETROCESOS EN EL ACCESO A UNA ASISTENCIA SANITARIA UNIVERSAL: EL DERECHO A LA SALUD EN LA ENCRUCIJADA	
1. La protección universal del derecho a la salud: marco jurídico y sistema de garantías debilitadas para inmigrantes en situación irregular	121
2. La salud como derecho social fundamental	125
2.1. libre circulación de migrantes <i>versus</i> asistencia sanitaria: un paso atrás en el concepto de «ciudadanía inclusiva»	129
2.2. La residencia como condición «sine qua non» para el control de flujos migratorios y el acceso al derecho a la asistencia sanitaria	131
2.3. Restricciones al derecho a la libre circulación de migrantes y derecho a la asistencia sanitaria	133
3. el derecho a la asistencia sanitaria como derecho desmercantilizado. Caminando hacia la «universalidad» y la «publicación» integral de la garantía de su contenido esencial	136
3.1. Conflicto de competencias entre Estado y CCAA: un alto en el camino. Paradojas y breve alusión a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional de 134/2017 y 145/2017	140
3.2. Avanzando hacia la «universalidad» del Derecho a la asistencia sanitaria: puntos críticos de una reforma inacabada.	146
3.3. Retroceso en la universalidad del derecho a la asistencia sanitaria de inmigrantes regulares en España: Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019 (número de recurso: 1068/2018).	153
4. Propuestas de mejora y Conclusiones jurídico-críticas	157

PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y MOVIENTOS MIGRATORIOS: EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE INMIGRANTES	165
1. La protección a la familia: Panorámica general de una temática en eterno conflicto.....	165
2. Marco normativo regulador y vaivenes en la doctrina judicial de los altos tribunales europeos.....	167
A) El Derecho a la reagrupación familiar a través de la Directiva 2003/86/CE	169
B) Avances y retrocesos en la doctrina del TJUE y del TEDH: condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar y beneficiarios	174
3. El derecho a la reagrupación familiar en España: aspectos jurídico-críticos	190
4. Conclusiones.....	196
 REFLEXIÓN FINAL Y PROPUESTAS «LEGE FERENDA»	 199
 BIBLIOGRAFÍA	 209



ABREVIATURAS

CCAA	Comunidades Autónomas
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos de 10 de octubre de 1979
CODC	Catálogo de ocupación de difícil cobertura
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LAAD	Ley 39/2006, de Promoción de la autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia.
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LGSS1994	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LO	Ley Orgánica
LOEXIs	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOI	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
LPGE	Ley de Presupuestos Generales del Estado
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
RAI	Rentas activas de inserción

RD	Real Decreto
RMI	Rentas mínimas de inserción
SNE	Sistema Nacional de Empleo
SPEE	Servicio Público de Empleo Estatal
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
VV.AA	Varios autores

PRÓLOGO

Es un hecho que la globalización está sesgada en favor del Norte, que ha aprovechado al máximo las ganancias, incluso si encontramos descontento con la globalización tanto en el Norte como en el Sur

JOEL ODIGIE

La inmigración ha sido, desde la «crisis migratoria» de la última década, un tema central que no sólo ha preocupado a los máximos responsables europeos, sino también a las distintas naciones que son receptoras de constantes flujos migratorios. Principalmente, desde el ámbito europeo se han tratado de llevar a cabo toda una serie de medidas de control de las fronteras y de los constantes flujos migratorios que resultan contrarias a las políticas que codesarrollo y de respeto a la dignidad humana que se propugnan a nivel internacional. La falta de respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales se convierte ahora, más que nunca, en la principal traba con la que tropieza el colectivo de las personas migrantes en un mundo presidido por la globalización neoliberal; y también en una de los grandes retos que se plantean para las políticas estratégicas de la Unión Europea. Y ello es porque la Unión está facultada para establecer las condiciones de entrada y residencia legal de nacionales de terceros países en un Estado miembro, también en lo relativo a la reagrupación familiar. No obstante, los Estados miembros conservan el derecho de fijar volúmenes de admisión para los nacionales de terceros países que deseen buscar trabajo en su territorio, lo que al término produce en la práctica diferencias entre países.

En este contexto se trata de analizar las fuerzas que están transformando las realidades de los procesos migratorios, así como la acción innovadora que las organizaciones democráticas deben llevar a cabo para renovar su capacidad de servir a la justicia social. En este sentido hay que abordar los problemas tomando en consideración los cambios en curso, pero desde la perspectiva del futuro que queremos para garantizar el bienestar de las personas y pleno respecto a sus derechos fundamentales. Esto no surgirá por generación espontánea, sino

que derivará de las acciones positivas de los regímenes democráticos en la tradición civilizatoria del constitucionalismo democrático-social. Ello es tanto más necesario por la visible vulneración de los derechos de las personas inmigrantes, incluidos los más fundamentales en un modelo de globalización neoliberal que facilita el *dumping* social y empresarial y el trato indigno dado a las personas que se ven obligadas —por razones económicas o de otra índole— a abandonar sus países de origen.

Frente a ésta última lógica discursiva el orden internacional debe propiciar la instauración generalizada de un modelo de desarrollo humano en los países menos avanzados (un modelo no dependiente de los países más ricos) y, al mismo tiempo, deben establecer regulaciones jurídicas que garanticen políticas migratorias basadas en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y, en particular, el trabajo decente o digno de la persona que trabaja en los Estados de acogida de las personas migrantes. Todo ello, implica —digámoslo tímidamente— superar la gestión de los flujos migratorios desde un enfoque neoliberal.

En el caso de España, las intervenciones legislativas de inmigración -en sus múltiples facetas- han estado estrechamente vinculadas no sólo con cambios de naturaleza demográfica, sino con la aparición de nuevas dimensiones en las políticas desarrolladas por el Estado del Bienestar y los acuerdos internacionales sobre derechos humanos. La crisis económica, primero, y después, la actual desestabilización del orden internacional, han desestructurado —sin llegar a desmantelarlas— las políticas del Derecho de inserción e inclusión social de los inmigrantes. Actualmente, las políticas migratorias nacionales siguen poniendo el acento en las «necesidades reales de nuestro mercado de trabajo», al abandonar esa idea base que motiva el nacimiento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (LOEXIs), esto es, la integración de las personas inmigrantes. De ahí que, el extranjero se mantenga aún en una situación de desprotección y vulnerabilidad social. Además del desempleo, muchos de los trabajadores y trabajadoras inmigrantes ven retroceder sus condiciones laborales, están particularmente afectados por la extensión de la pobreza y la precariedad social y, con la excepción de los poseedores de un permiso de residencia de larga duración, tienen mayores dificultades para renovar su permiso.

Partiendo de una formulación de política migratoria en donde se combinan los aspectos de protección social con el respeto a los derechos fundamentales, la profesora Belén del Mar López Insua (Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada) analiza exhaustivamente en su excelente obra: «La Protección Social de las personas inmigrantes: un modelo garantista», las principales trabas que en torno a este temática encuentran las personas inmigrantes. López Insua es ya una gran investigadora sobre la materia relativa al Derecho migratorio, con aportaciones relevantes. Esta obra se inserta en esa línea de investigación con las señas de identidad que le caracterizan: el máximo rigor analítico y utilidad de los resultados alcanzados. Algo que podrá comprobar el lector atento.

Se trata, sin lugar a dudas, de una obra muy original y de su suma importancia que trae su base en el proyecto de investigación que presentó su autora con motivo del concurso público que a Profesora Titular se celebra en el año 2020 en la Universidad de Granada. Es, por otra parte, un trabajo de investigación inédito, con base científica y aportaciones innovadoras. No obstante, aunque se constaten algunas experiencias investigadoras parciales o de algunos aspectos concretos importantes, lo cierto es que esta investigación tiene el valor añadido de realizar un tratamiento omnicomprendivo e integral de las instituciones y puntos más conflictivos, a saber: la Seguridad Social de los trabajadores inmigrantes, incidiendo en la protección por desempleo, la asistencia sanitaria y los servicios sociales, las prestaciones por dependencia, la asistencia sanitaria y la protección a la familia. Basta observar la bibliográfica que se acompaña en esta obra para concluir que se presenta aquí un trabajo integral y omnicomprendivo que, además, resulta de gran interés teniendo en cuenta la abundante doctrina científica y jurisprudencial emanada al respecto. Con la publicación de esta obra se viene reflejar una línea consolidada y de conjunto en la que su autora trata de examinar todas las piezas normativas que conforman el marco jurídico regulador de la protección social de las personas inmigrantes.

En esta obra se estudia esta materia desde un enfoque multidisciplinar, llevando a cabo un tratamiento de los problemas que suscita el objeto de investigación sólo desde un punto de vista técnico-jurídico, de política del Derecho, cultural, político e histórico-jurídico. Lo cual hace de éste un trabajo de gran envergadura e importancia en el momento actual. Por supuesto, destaca en esta obra el amplio y detallado arsenal normativo, y material bibliográfico y científico seleccionado por su autora para la confección del presente libro, en donde se combina los estudios más recientes y especializados en la materia al tiempo que se juega con una conflictiva y, poco pacífica, doctrina jurisprudencial.

López Insua critica de una manera fundamentada y comprometida con los valores constitucionales —y en el marco del sistema internacional de garantías multinivel de los derechos fundamentales (como se impone deducir del artículo 10.2, en relación con el 96, de nuestra Constitución)— la insuficiencia y deficiencia de un marco normativo regulador de las políticas migratorias. Para lo cual se sistematiza esta compleja en cuatro grandes bloques que, a su vez, se subdividen en diversos apartados. La estructura del libro es coherente con la finalidad que persigue su autora, por lo que una vez realizado un diagnóstico de la deficiente situación nacional y comunitaria en materia de protección social, se pasa a analizar cada uno de los aspectos concretos que encierra esta ardua temática. A grandes rasgos, puede afirmarse que los cuatro grandes núcleos en los que se divide esta obra son los siguientes: «Capítulo I. La protección por desempleo de los trabajadores inmigrantes; Capítulo II. Asistencia social, servicios sociales y Seguridad Social. La protección específica por dependencia; Capítulo III. Avances y retrocesos en el acceso a la asistencia sanitaria universal: el derecho a la salud en la encrucijada; Capítulo IV. Protección a la familia y movimientos migratorios: el derecho a la reagrupación familiar como mecanismo de integración social de inmigrantes».

Como colofón final, la obra finaliza con una serie de conclusiones y propuestas críticas innovadoras que dan muestra más que evidente del compromiso que ha asumido la profesora López Insua con esta controvertida temática. Esta última parte crítica constituye una verdadera llamada de atención al legislador europeo y nacional a fin de adopte, de una vez, una serie de medidas que garanticen la efectivamente inclusión social de las personas inmigrantes. En efecto, a nivel europeo no se respetan en la práctica los principios de libertad de circulación, no discriminación e igualdad. Pese a que, desde el campo de las Instituciones y Organismos Internacionales, se han declarado ya ilegales muchas de las prácticas expulsivas por su contraposición con el estándar multinivel de protección de los Derechos humanos o fundamentales, lo cierto es que en las políticas públicas migratorias impera todavía la racionalidad instrumental excluyente y represiva debida al redescubrimiento político-jurídico de la idea de «peligrosidad social». De ahí que el tratamiento que reciban las personas o ciudadanos de terceros países sea inferior al que disfrutaban los que ostentan la ciudadanía de países miembros de la Unión.

En materia de protección social la cuestión se vuelve aún más complicada, pues todavía late esa diferenciación entre ciudadanos de primera y segunda clase debido a una cuestión de regularidad y/o irregularidad administrativa. En este sentido, los inmigrantes irregulares sólo tendrán derecho en España a las prestaciones y servicios sociales básicos, pero no a las prestaciones contributivas del sistema. Por lo tanto no sólo basta con cumplir el requisito de la residencia, sino que también deberá desempeñar una actividad laboral. Resulta alarmante el mantenimiento de esta flagrante diferenciación pese a que, muchos de los inmigrantes irregulares, contribuyen plenamente a la economía y al mercado de trabajo nacional.

Se indicó al comienzo de este Prólogo que era necesario abordar el estudio técnico y político jurídico del modelo normativo de regulador de la inmigración bajo un enfoque más garantista y coherente con la finalidad que establece el sistema de Seguridad Social, esto es, la protección de todas las personas frente a las situaciones de necesidad. No cabe simplificar o reconducir los mecanismos de protección social a un balance de costes y beneficios, sino que resulta necesario hacer primar las necesidades sociales para la garantía plena de la dignidad humana (artículo 10.1 de la Constitución). Por todo ello, deben de relacionarse el concepto de migración con el de ciudadanía inclusiva a fin de desvincular la condición de «nacionalidad» con el requisito excluyente de la titularidad de los derechos fundamentales. De este modo, la dotación normativa de derechos fundamentales (generales y específicos de la persona), no puede verse cuestionada por la condición de nacionalidad. Los títulos de atribución subjetiva de los derechos fundamentales deben ser múltiples y no unilateral y excluyentemente residenciados en la condición de nacionalidad del país de acogida o destino.

Por todo ello, no puedo sino animar encarecidamente al lector a la lectura atenta de esta excelente y oportuna obra, donde encontrará —desde el compromiso con el garantismo jurídico constitucional— análisis enriquecedores y solu-

ciones razonables y argumentadas a todas las cuestiones controvertidas que plantea la compleja problemática de la protección social de las personas inmigrantes en un contexto de mundialización.

José Luis MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Granada.*

*Presidente de la Asociación Española de Salud
y Seguridad Social*



INTRODUCCIÓN

«El legislador que está llamado a construir firmes diques a fin de que el río de la interpretación de la ley corra a través de canales prefijados tropieza siempre con las limitaciones de su profesión de ingeniero, y en ese momento le parecerá imposible o absurdo querer ir más allá de esos límites»

ENGISCH, K¹

Los movimientos migratorios constituyen, actualmente, clave en el proceso de globalización y consolidación de unas políticas acordes con la protección de los derechos humanos. En este escenario de descentralización, glocalismo² y atención al carácter multidimensional del desarrollo, los movimientos internacionales de inmigrantes se erigen en potentes motores del proceso de transformación del Estado democrático y de Bienestar social. En efecto, en las últimas décadas, el vínculo migración-desarrollo ha tomado una notable relevancia en la política llegando a ocupar un papel especialmente relevante en la agenda internacional, así como en las instituciones supranacionales y Gobiernos nacionales.

1. ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Edición al cuidado de Monereo Pérez, J.L, Comares, Granada, 2001, p. 159.

2. Se trata de un híbrido entre dos palabras: localización y globalización. Esta palabra se desarrolla inicialmente en la década de 1980 dentro de las prácticas comerciales de Japón. El concepto procede del término japonés «dochakuka» (derivada de *dochaku*, «el que vive en su propia tierra»). Como término económico se refiere a la persona, grupo, división, unidad, organización o comunidad que está dispuesta y es capaz de «pensar globalmente y actuar localmente». El concepto implica que la empresa se adapte a las peculiaridades de cada entorno, diferenciando sus producciones en función de las demandas locales.

A nivel cultural, glocalización es la mezcla que se da entre los elementos locales y particulares con los mundializados. Supone que en un mundo global, en el que asistimos a una progresiva supresión de las fronteras a nivel económico, político y social, se incrementa la existencia de barreras culturales, generadas por las personas que defienden sus tradiciones de la globalización cultural.

No cabe dudar de que los flujos migratorios constituyen una parte integral del proceso de desarrollo y del funcionamiento de las economías modernas.

En concreto, la inmigración es desde finales de la década de 2000, un fenómeno de gran importancia demográfica, social y económica en España. En pocas décadas, la nación española ha pasado de ser un país generador de emigración a ser un natural receptor de inmigrantes debido a su situación geográfica. Algunos de los factores que explican este cambio son: la integración de España en la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea), la construcción de un Estado del Bienestar, el envejecimiento de la población, la baja natalidad y el déficit de población activa. Por lo tanto, el giro se debe tanto a factores endógenos como a la presión del entorno y a los llamados desplazamientos Sur-Norte que quedaron afectados por el desequilibrio existente entre un rápido desarrollo demográfico y un lento desarrollo económico.

Principalmente la inmigración que se produce en España viene motivada por razones económicas, pero también de asilo político y protección internacional. La mayoría de esos flujos migratorios se producen en países subdesarrollados en donde las condiciones de pobreza, carencias sanitarias y alimenticias o, incluso, de seguridad ciudadana hacen su presencia diaria, llegando así a esquilmar los recursos naturales de estos territorios. A muchos de estas naciones se unen otros factores como: la grandes desigualdades sociales, la falta de trabajo y el despilfarro público o —cuando no— también de violaciones de Derechos Humanos, lo que en su conjunto crea un profundo resentimiento en la población que normalmente desemboca en un tremenda e imparable inestabilidad política y social. De ahí que las personas busquen emigrar masivamente hacia otros Estados, con la única intención de mejorar sus condiciones de vida, trabajo, salud y educación. Desgraciadamente algunas de ellas no logran alcanzar sus sueños y perecen finalmente en su intento de huida debido al uso abusivo que las mafias y grupos organizados de trata de seres humanos hacen de los diversos estados de necesidad y, por lo tanto, de una realidad cada vez más necesitada de una respuesta urgente.

La coetánea avalancha migratoria que se está produciendo en la sociedad española es fruto de los cambios sociales, políticos y económicos que han tenido lugar desde 1975. En primer lugar, ha habido en España un cambio importante en la estructura de cualificaciones de los puestos de trabajo que ha sido paralela a la radical elevación del nivel formativo de las nuevas generaciones de españoles, especialmente de las mujeres. De ahí que se precise de mano de obra barata que cumplan con las expectativas que impone el mercado de trabajo global. En este contexto, la imagen de muchos inmigrantes ha pasado de estar asociada a razones de reagrupación familiar e inmigración pasiva a representar un fenómeno de naturalización del trabajo informal y, por ende, de mano de obra flexible y poco cualificada. Ciertamente son tres factores que han provocado el afloramiento de esta situación. Primero, un modelo de crecimiento económico de baja productividad y trabajo asalariado deshumanizado en sectores tales como: la construcción, la hostelería, el sector agroexportador de frutas y verduras, el turismo... etcétera. Segundo, el proceso de reestructuración productiva del

país con motivo del aumento de la competitividad y la rentabilidad. Tercero, cabe destacar el ascenso y consolidación de unas nuevas clases medias profesionales urbanas unidas a ocupaciones de servicios avanzados, así como la incorporación creciente de la mujer al mercado de trabajo. Estos procesos sociales generaron la creciente difusión de nuevos estilos de vida, trabajo y ocio ligados a los emergentes hogares de renta media y alta, donde los dos miembros trabajan de forma intensa, y en los cuales se produce una profunda reorganización de las pautas de cuidado y de ocio. Hogares y estilos de vida que han terminado generando una creciente y sostenida demanda de trabajo barato y flexible relacionada con sus nuevas necesidades domésticas, profesionales, de ocio, hostelería, seguridad y vinculadas al cuidado de personas dependientes.

La concentración de inmigrantes en determinados sectores de trabajo poco cualificado e infravalorado ha suscitado xenofobia y rechazo por parte de una población local que no acepta el proceso natural de multiculturalidad (especialmente relevante se hace la presencia de inmigrantes en determinadas Comunidades y ciudades Autónomas como son: Andalucía, Ceuta y Melilla, Cataluña, Valencia, etcétera). En España podría afirmarse que la actitud es de tolerancia pasiva frente al fenómeno de la inmigración, es decir, se pretende favorecer la contribución de los inmigrantes a la creación de riqueza nacional al tiempo que coexisten pacíficamente con la población autóctona, pero sin que ello suponga la implantación de unas efectivas políticas de integración y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales.

En este punto, la reforma que actualmente se plantea en torno a esta materia camina en la idea de ampliar la protección social y el derecho de asilo de los inmigrantes que llegan a España. Se pretende conceder a la ley un sentido más garantista con la realidad social que se vive. Para ello se prometen modificar el sistema nacional de acogida e inclusión nacional para que así resulte más eficiente y solidario. De forma que se «habilite» un fondo estatal de integración en donde colaboren: Estado, autonomías y ayuntamiento. Se trata éste de un anuncio que llega en un momento delicado y de saturación ante el aumento de solicitantes de asilo y refugio en España.

No obstante a lo anterior, resulta sorprendente cómo desde el ámbito europeo la política que impera pone el acento sobre el poder de los Estados, antes que sobre la protección de las personas y de sus derechos fundamentales. A este respecto, resulta llamativa la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2020, en el caso N.D. y N.T contra España, en donde el máximo tribunal se contradice a sí mismo al autorizar las devoluciones en caliente en caso de que no se emplean los procedimientos legales de entrada en el territorio español. Lamentablemente, la ausencia de una decisión individualizada (y cauce legal), así como la propia actitud de los demandantes (al recurrir a la fuerza y al efecto masa) constituyen elementos más que suficientes para negarles la tutela judicial efectiva, la protección internacional y, por consiguiente, el respeto a sus derechos humanos y fundamentales.

En materia de protección social la cuestión se vuelve aún más complicada, pues todavía late esa diferenciación entre ciudadanos de primera y segunda

clase debido a una cuestión de regularidad y/o irregularidad administrativa. Por ello, desde el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo establece ya varias líneas de actuación para mejorar la protección social de las personas inmigrantes en los países receptores, a saber: 1) Promover la ratificación y aplicación de las normas de la OIT previstas en sus Convenios y Recomendaciones aplicables a los trabajadores migrantes y a su protección social. 2) Respaldar la concertación de acuerdos de seguridad social (bilaterales y/o multilaterales): tratados que coordinan los regímenes de seguridad social de dos o más países, para garantizar la igualdad de trato en relación con la seguridad social, así como el acceso a la misma, y el mantenimiento y/o la transferibilidad de las prestaciones de seguridad social (CIT de 2011, Conclusiones), utilizando el Anexo de la Recomendación sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1983 (núm.167) como modelo de acuerdo para la coordinación de instrumentos bilaterales o multilaterales sobre seguridad social. 3) Apoyar las medidas unilaterales: los países de empleo podrán prever la igualdad de trato entre nacionales y no nacionales en relación con la cobertura de la seguridad social y el pago de prestaciones en el extranjero. Además, los países de origen podrán, mediante un seguro voluntario, proporcionar un nivel básico de protección de sus nacionales que trabajen en el extranjero. 4) Abogar por la inclusión de disposiciones de seguridad social en los programas de migración laboral temporal o los acuerdos bilaterales de migración laboral, utilizando como modelo de convenio el Anexo de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada), 1949 (núm. 86) . Y, finalmente, 5) Apoyar el establecimiento de pisos de protección social nacionales, para conceder garantías de seguridad social básicas a los migrantes y sus familias y paliar la falta de acuerdos de coordinación entre países respecto de cualquier rama de la seguridad social.

A pesar de estas propuestas internacionales y de los avances experimentados en esta materia, en España el extranjero se mantiene aún en una situación de desprotección y vulnerabilidad social. En este sentido, los inmigrantes irregulares sólo tendrán derecho en España a las prestaciones y servicios sociales básicos, pero no a las prestaciones contributivas del sistema. Por lo tanto no sólo basta con cumplir el requisito de la residencia, sino que también deberá desempeñar una actividad laboral. Resulta alarmante el mantenimiento de esta flagrante diferenciación pese a que, muchos de los inmigrantes irregulares, contribuyen plenamente a la economía y al mercado de trabajo nacional.

Lamentablemente la reforma de la legislación migratoria sigue poniendo el acento en las «necesidades reales de nuestro mercado de trabajo», al abandonar esa idea base que motiva el nacimiento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (LOEXIs), esto es, la integración de las personas inmigrantes. A este respecto, el desempleo constituye una magnífica fórmula que no sólo cumple con los cometidos de política migratoria «ideal» y de políticas de empleo propias de todo Estado de Bienestar Social, sino que es más, permite hacer justicia a los principios mismos que determinan el surgimiento del sistema de Seguridad Social y, por ende, de la protección de todos los «ciudadanos» frente a las situaciones de necesidad

(Seguridad Social «universal» —todas las personas sin apego a «territorio, ni banderas»—).

En este punto, la protección por desempleo ha sido y está siendo muy problemática. En efecto y tal como recoge el actual artículo 36.5 de la LOEXIs (tras la reforma operada por la LO 2/2009), el trabajador extranjero en situación de irregularidad podrá optar por no invalidar el contrato de trabajo, pero sin embargo, queda de manera ilógica excluido de la posibilidad de obtener la prestación por desempleo. Esta realidad normativa plasma una cierta idea de justicia distributiva que contradice, claramente, lo dispuesto por la Organización Internacional del Trabajo para la protección multinivel de los derechos fundamentales y de atención social pública a las personas migrantes

En materia de asistencia sanitaria la cuestión se vuelve aún más conflictiva pues, a diferencia de otros Estados Miembro, a nivel español se están dando importantes pasos para avanzar hacia la universalidad del derecho a asistencia sanitaria. No obstante, queda camino por recorrer pues son todavía muchos los problemas que giran en torno a esta materia. La reforma que ha operado a través del Real Decreto 7/2018 ha supuesto un antes y un después en materia de inmigración, ya que cubre un vacío legal importante que anteriormente había quedado desprovisto de protección. Sin embargo, cabe criticar el panorama algo confuso que ha propiciado respecto de los ciudadanos comunitarios y otros colectivos en situación de especial vulnerabilidad. Incluso, para los mismos inmigrantes irregulares se imponen algunos trámites que dificultan seriamente el acceso a las prestaciones sanitarias en igualdad que los nacionales.

A día de hoy, se prevé que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tengan derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, sin embargo ¿qué ocurre cuando el extranjero sí reúne los requisitos legales para residir en España? Para el Tribunal Supremo, tras su sentencia de 13 de Mayo de 2019, la respuesta será de denegación de este derecho. Por lo que, al término está provocando una grave discriminación entre inmigrantes en razón de su condición administrativa y situación económica. En otras palabras, mientras que un inmigrante irregular tendrá acceso a la protección de la salud, aun cuando no disponga o se le haya denegado un seguro privado, por contra aquellos extranjeros que cumplan con todos los requisitos legales serán excluidos. En este sentido, impera todavía una racionalidad mercantilista y economista del mercado de trabajo que resulta contraria al pleno respeto de los derechos de Seguridad Social y de protección social de migrantes.

Finalmente, cabe considerar la cuestión de la protección a la familia de las personas inmigrantes. A día de hoy, se está planteando a nivel político (nacional y comunitario) más limitaciones, pues la entrada masiva de inmigrantes en estos últimos años (la llamada «crisis de inmigrantes») está saturando las costas españolas, al tiempo que pone en peligro los principios fundamentales para el mantenimiento de un Estado Social y Democrático. Así pues, en lo que se refiere al derecho a la reagrupación familiar se está debatiendo en torno a la idea de limitar aún más este derecho o ampliarlo, pero desde un enfoque exclusivamente

económico. Resulta llamativa, en esta materia, la intervención de los distintos Tribunales para garantizar la protección de los derechos de los extranjeros (Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Y es que, a pesar de los múltiples pronunciamientos, lo cierto es que este derecho de reagrupación familiar se aleja de la consideración del mismo como un derecho fundamental en España, lo cual resulta contrario a la tendencia que, ya de por sí, sigue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos y el elemento de la «nacionalidad». En efecto, la reagrupación familiar debe defenderse como una de las medidas más eficaces para conseguir la integración del extranjero, así como el fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar. Lamentablemente, en las políticas públicas migratorias impera todavía la racionalidad excluyente y represiva debida al redescubrimiento de la idea de «peligrosidad social», de ahí que el tratamiento que reciban los ciudadanos de terceros países sea inferior a aquella que ostenta la ciudadanía nacional. Olvida así el colectivo comunitario que la correlación entre espacio europeo y ciudadanía social exige vincular los derechos a la persona que trabaja y a su familia. De ahí que, carezca éste de la protección reforzada de la que gozan ya los derechos fundamentales.

En este trabajo se pretende examinar, íntegramente, todas las piezas y elementos que marcan el candente sistema de protección social de inmigrantes. Por lo que, al objeto de otorgar una cierta unidad en cuanto al tratamiento de los temas a examinar, se utiliza como hilo conductor el vigente marco de políticas migratorias, así como la doctrina de los distintos tribunales (Tribunales Europeos, pero también nacionales). Ciertamente el debate sigue abierto en esta materia, por ello pretendo con este estudio marcar algunas líneas que permitan avanzar hacia un modelo más garantista e integrador de las personas inmigrantes en igualdad de condiciones a las nacionales, para lo cual será primero preciso el progreso social hacia un tipo de sociedad de acogida que interactúe con el fenómeno de la inmigración.

LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES

1. PRECARIEDAD LABORAL, POLÍTICAS DE EMPLEO Y DESPROTECCIÓN SOCIAL DE INMIGRANTES: LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Los incesantes movimientos migratorios de trabajadores en el mercado interior europeo en busca de nuevas oportunidades de vida y trabajo, viene ocupando desde hace tiempo un lugar primordial entre las cuestiones que más preocupan a la ciudadanía. Es harto significativo que esta materia figure como elemento clave y fundamental en la agenda de la Unión para alcanzar el grado óptimo de desarrollo económico, de cohesión e integración social que tanto necesita el conjunto de Estados miembros. No obstante, a pesar del intenso debate que todo esto ha generado, lo cierto es que la respuesta que han otorgado los distintos Estados miembro ha sido muy dispar³. Lo que hace plantear ciertas dudas en torno al concepto de ciudadanía inclusiva que tanto se predica desde el ámbito de la Unión Europea.

En efecto, la relación entre inmigración y ciudadanía no debe nunca deslindarse de la garantía misma de los derechos fundamentales y, por lo que aquí

3. LÓPEZ INSUA, B.M.: «La protección frente al desempleo de las personas emigrantes de la Unión Europea» en VV.AA., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Dir.) y DURÁN BERNARDINO, M. (Coord.), *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Navarra, Aranzadi, 2017, pp. 573-575.

interesa, del respeto a los derechos de Seguridad Social de las personas inmigrantes. Se parte del respeto al principio de igualdad real de trato en la atribución de tales derechos, y, lógicamente, contrarrestando las tendencias recientes a la reducción de los estándares que trabajosamente han venido alcanzándose. Y es que, como bien indica la doctrina científica, una «ciudadanía inclusiva» ha de sustentarse en el pleno reconocimiento de todos los derechos fundamentales. De lo contrario, los derechos sociales pasarán de ser pieza elemental para la construcción de un concepto de ciudadanía inclusiva⁴ a convertirse en arma arrojadiza para la mercantilización de las relaciones laborales, la desregulación de las condiciones de trabajo y la desprotección social.

En los países de la Unión y, en particular en España, la inmigración continúa siendo uno de las cuestiones sociales que más atención ha acaparado en los distintos medios de comunicación y ello es porque, ciertamente, constituye esta región natural receptora de constantes flujos migratorios. Principalmente esta problemática se ha visto acrecentada a causa de la grave coyuntura de crisis económica que, desde el 2008, viene implacable fustigando a las frágiles estructuras de todos los mercados nacionales, incluido el español. La gravedad y universalidad del problema han planteado algunos interrogantes acerca de la adaptación de los sistemas europeos de Seguridad Social. Este hecho determina que la coordinación de la Seguridad Social Europea sea ahora más necesaria si cabe que nunca. La coordinación instrumental (no armonización legislativa, pues su finalidad no es establecer un sistema normativo comunitario de Seguridad Social) de los distintos sistemas de Seguridad Social supone la traslación a este ámbito del derecho a la libre circulación de trabajadores, en los términos que fijan los artículos 45 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) para los trabajadores migrantes comunitarios⁵. Esto se traduce, paradigmáticamente, en el derecho a circular libremente por la Unión Europea conservando los derechos adquiridos en materia de Seguridad Social⁶, con el consiguiente derecho a exportar las prestaciones, sin que la legislación del Estado miembro que reconoció una prestación pueda condicionar su disfrute a la residencia o permanencia en el territorio de dicho Estado⁷.

4. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 41, 2016, p. 8 en su versión digital.

5. A buen ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2020, asunto C-32/19, Pensionsversicherungsanstalt (Cessation d'activité après l'âge du départ à la retraite). En esta línea, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo de 2018, en el asunto C-431/16.

6. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados»... *op. cit.*, p. 13

7. LÓPEZ INSUA, B.M.: «La protección frente al desempleo de las personas emigrantes de la Unión Europea»... *op. cit.*, pp. 573 y siguientes. A este respecto, cabe cita la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 18 de diciembre de 2019, Asunto C-447/18. Procedimiento prejudicial - Seguridad social - Coordinación de los sistemas de seguridad social - Reglamento (CE) n.º 883/2004 - Artículo 3 - Ámbito de aplicación material - Prestación de vejez - Libre circulación de los trabajadores en la

Sin embargo, la cosa cambia sustancialmente cuando se trata de inmigrantes extracomunitarios en situación irregular. Y ello es porque no existe una identidad perfecta entre la situación reguladora de las políticas de inmigración y el derecho al acceso a determinadas prestaciones del sistema de Seguridad Social. Por lo que, al término, el trabajador extranjero irregular que no cumpla con las condiciones que establece la legislación española (en concreto, con la autorización pertinente para residir y trabajar)⁸ se verá abocado a sufrir un debilitamiento en su estatus laboral y de ciudadanía social⁹.

Unión Europea - Reglamento (UE) n.º 492/2011 - Artículo 7 - Igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y los inmigrantes - Ventajas sociales - Legislación de un Estado miembro que reserva la concesión de una «prestación a los representantes deportivos» exclusivamente a los ciudadanos de ese Estado.

Resulta importante destacar la siguiente interpretación que realiza el TJUE al principio de igualdad de trato entre extranjeros y nacional en relación al percibo de una ventaja social: «... el objetivo de igualdad de trato promovido por el artículo 7, apartado 2, del Reglamento n.º 492/2011 que el concepto de «ventaja social» comprende todas las ventajas que, vinculadas o no a un contrato de trabajo, se reconocen generalmente a los trabajadores nacionales principalmente por razón de su condición objetiva de trabajadores o por el mero hecho de su residencia habitual en territorio nacional, y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros permite, por lo tanto, facilitar su movilidad en el interior de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de abril de 1986, Reed, 59/85, EU:C:1986:157, apartado 26; de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala, C-85/96, EU:C:1998:217, apartado 25, y de 15 de septiembre de 2005, Ioannidis, C-258/04, EU:C:2005:559, apartado 35) y, por lo tanto, su integración en el Estado miembro de acogida.

Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, son ventajas de ese tipo, entre otras, un subsidio de desempleo destinado a los jóvenes que acaban de terminar sus estudios y que están buscando su primer empleo (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de septiembre de 2005, Ioannidis, C-258/04, EU:C:2005:559, apartado 34), una prestación de crianza para el hijo de un trabajador (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala, C-85/96, EU:C:1998:217, apartado 26), la facultad de la viuda y los hijos menores de un trabajador inmigrante de beneficiarse de los descuentos sobre el precio del transporte establecidos en favor de las familias numerosas (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de septiembre de 1975, Cristini, 32/75, EU:C:1975:120, apartado 13), la facultad de un inculpado que tiene la condición de trabajador de utilizar una de las lenguas disponibles para los residentes de un municipio del Estado miembro de acogida (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 1985, Mutsch, 137/84, EU:C:1985:335, apartados 16 y 17), o la posibilidad de obtener autorización para que la pareja de un trabajador, sin estar casada con él ni ser nacional del Estado miembro de acogida, pueda residir con él en dicho Estado (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de abril de 1986, Reed, 59/85, EU:C:1986:157, apartado 28), ya que todas estas medidas pueden contribuir a la integración del trabajador inmigrante en el país de acogida y, por consiguiente, a lograr el objetivo de la libre circulación de los trabajadores.

Con el mismo espíritu, debe reconocerse que la posibilidad de que se recompense a un trabajador inmigrante, en las mismas condiciones que a los trabajadores nacionales del Estado miembro de acogida, por sus logros deportivos excepcionales en representación de dicho Estado miembro, o de sus predecesores legales, puede contribuir a la integración de dicho trabajador en dicho Estado miembro y, por lo tanto, a que se alcance el objetivo de la libre circulación de trabajadores».

8. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes", en VV.AA., GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Coord.), *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 241.

9. CABEZA PEREIRO, J.: *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, Murcia, Laborum, 2015, p. 45.

Lamentablemente, en este punto, la protección por desempleo ha sido y está siendo muy problemática¹⁰. Lo que plasma una cierta idea de justicia distributiva que contradice, claramente, lo dispuesto por la Organización Internacional del Trabajo para la protección multinivel de los derechos fundamentales y de atención social pública a las personas migrantes¹¹. En este sentido, todos los Estados deberán adoptar medidas sostenibles y adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de «la ampliación de la Seguridad Social a todas las personas, incorporando medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos»¹². De igual modo, cabe tener en cuenta otros textos a nivel internacional y comunitario, a saber: el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, en donde se reconoce el derecho de toda persona, en cuanto miembro de la sociedad, al derecho a la Seguridad Social. De igual modo, el artículo 9 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados partes en el presente pacto, reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al Seguro social. Por su parte, la Carta Social Europea de 1961 prevé el derecho a la Seguridad Social de los trabajadores y de las personas a su cargo (artículo 12) y el derecho a la asistencia social y médica a toda persona que carezca de recursos suficientes (artículo 13).

En definitiva, el derecho a la protección social se extiende con carácter general a todas las personas (incluidas las inmigrantes), lo que incluye el acceso a la asistencia social¹³. De acuerdo con este acervo normativo internacional y no comunitario, no cabe limitar el disfrute efectivo de los derechos de Seguridad Social de las personas que se desplazan o circulan para trabajar. De ahí que deba superarse esa distinción entre inmigrantes regulares e irregulares para decidir si otorgar o no el disfrute de los derechos de protección social. No tiene sentido (desde una lógica de justicia social) seguir concediendo esa relevancia a las «técnicas de control» de los flujos migratorios frente a las «técnicas de garantía» del derecho social fundamental a la Seguridad Social¹⁴.

10. MÁRQUEZ PRIETO, A.: *La protección por desempleo en España y otros Estados europeos*, Madrid, Ministerio de trabajo e Inmigración, 2001.

11. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Artículo 53. Nivel de protección», en VV.AA., MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 1404-1406.

12. Declaración de la Organización Internacional del Trabajo sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008, página 10.

13. RUBIO VELASCO, F.: «Capítulo VIII. La prestación por desempleo de los extranjeros irregulares», en VV.AA., RODRÍGUEZ INIESTA, G Y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)*, Murcia, Laborum, 2015, p. 263.

14. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados»... *op. cit.*, p. 13

En relación con el *desempleo* —y en este contexto crítico—, la protección en materia de Seguridad Social se ve desvirtuada y desnaturalizada, pues no cumple con el objetivo mismo de garantía multinivel de las políticas activas y de desarrollo pro-activo de las políticas pasivas en caso de estado de necesidad. Y ello es porque en todo Estado Social —de fomento del derecho a un ciudadanía inclusiva— se ha de garantizar el acceso de todas las personas, en igualdad de condiciones, a la vida: política, económica, cultural y social (artículo 9.2 de la Constitución Española —CE—). Al hilo de esta idea, los derechos al pleno empleo (artículo 40 de la CE) y a la atención «... para todos los ciudadanos que garantice una protección social suficiente frente a las situaciones de necesidad, especialmente, en caso de desempleo» (artículo 41 de la CE), se erigen en piezas esenciales para la protección de los derechos de Seguridad Social¹⁵ inherentes al estatus de todo trabajador. De ahí que los poderes públicos hayan de insistir en pro a su cumplimiento y, sin distinciones, para el caso de trabajadores inmigrantes que desarrollan una actividad profesional en España¹⁶.

En la actualidad, la evolución del sistema de Seguridad Social tiende hacia el carácter de «universalidad subjetiva» —esto es, la cobertura de toda la población—, aunque lo cierto es que no termina de ser completada para todo tipo de prestaciones satisfechas por el sistema de Seguridad Social y para todas las personas, lo que evidencia ritmos o niveles de protección distintos dentro del mismo sistema¹⁷. La dialéctica entre el establecimiento de un sistema «universalista» o de «ciudadanía»/«nacional» (vinculada a la nacionalidad del trabajador) constituye eje fundamental para el reconocimiento de los derechos de protección social. Ni el programa Constitucional abierto que establece el artículo 41¹⁸, ni los textos normativos internacionales y comunitarios pueden favorecer y/o limitar la fijación de un estatuto de ciudadanía laboral y de protección social infraconstitucional para los trabajadores inmigrantes en base al requisito de la nacionalidad¹⁹.

15. MONEREO PÉREZ, J.L.: «El derecho a la Seguridad Social», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a.N (Dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 1425 y siguientes.

16. En esta línea, se pronuncia el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo. En concreto, se indica que: «Son objetivos generales de la política de empleo... b) Mantener un sistema eficaz de protección ante situaciones de desempleo, que comprende las políticas activas de empleo y las prestaciones por desempleo, asegurando la coordinación entre las mismas y la colaboración entre los distintos entes implicados en la ejecución de la política de empleo y su gestión y la interrelación entre las distintas acciones de intermediación laboral».

17. MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; QUESADA SEGURA, R. y MALDONADO MOLINA, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Decimoquinta edición, Madrid, Tecnos, 2019, pp. 63-65.

18. Se trata éste de un derecho de configuración legal y de aplicación progresiva, en virtud de las posibilidades económicas del sistema, tal y como ha puesto de relieve la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ver MONEREO PÉREZ, J.L.: «El derecho a la Seguridad Social»... *op. cit.*, pp. 1430 y siguientes.

19. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Los «renglones torcidos» de la política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 31, 2012, pp. 1 y 2 en su versión digital.

2. LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES INMIGRANTES: ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

La publicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIs)²⁰ supuso una importante novedad para el ordenamiento jurídico español, pues gracias a ésta se pusieron en marcha nuevas políticas de integración de inmigrantes²¹, aparte de una ampliaron en los derechos de los inmigrantes y un establecimiento, como principio eje para el desarrollo de la política social, del derecho de igualdad de trato entre españoles y extranjeros. Sin embargo, antes de entrar en materia de Seguridad Social, conviene precisar que para que opere esa hipotética igualdad, primero habrá de concretar cuál es la diferencia entre extranjero e inmigrante.

Desde un punto de vista jurídico, el concepto de «extranjería» se refiere a aquellos individuos que carecen de la nacionalidad española y que adquieren su significado en relación a la realidad socio-política de un Estado soberano, en este caso: España. La definición de extranjero aparece delimitada, en sentido negativo, por la LOEXIs en su artículo 1.1 al indicar que: «Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española».

La extranjería constituye aquí una situación jurídica diferencial que marca las fronteras entre el ciudadano nacional y el no nacional (extranjero). Las principales limitaciones se manifiestan en torno a la titularidad y el ejercicio de los derechos que, como consecuencia del estatuto jurídico de extranjería, pueden disfrutar los no nacionales. Resulta curioso que, desde la lógica jurídica, el elemento de «extranjería» instituya la razón de ser de la discriminación y, por tanto, de la distinción entre ambos colectivos²². Empero, en algunos ordenamientos jurídicos (de tinte universalista) se ha alzado como valor central la dignidad de la persona²³, de ahí que se haya extendido el principio de equiparación entre nacionales y extranjeros en la titularidad y ejercicio de los derechos. Por más que se intentan reducir al mínimo las divergencias entre derechos, lo cierto es

20. Su actual Reglamento de desarrollo fue aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE de 30 de abril), el cual derogó al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

21. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A.: «La articulación del derecho de extranjería», en VV.AA., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A. (Coord.), *Derecho de extranjería: un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (jurisprudencia y formularios)*, Murcia, DM, 2005, p. 96.

22. RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M^a.: «La ley Orgánica 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoque jurídico», *Migraciones. Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, n.º 7, 2000, p. 62.

23. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales*, Murcia, Laborum, 2020.

que todavía persisten limitaciones que arrojan a los extranjeros a sufrir cierta precariedad y vulnerabilidad²⁴.

Aunque el artículo 13 de la CE indique que «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley», lo cierto es que, en términos comparados, una de las principales limitaciones que se producen entre nacionales y extranjeros es la referente al acceso a derechos sociales y laborales, con motivo de la libertad de residencia y/o establecimiento, como filtro para la inserción estable del extranjero en el país (por regla general, éste necesita de visado para entrar en un país que no es el suyo; permiso de residencia y/o trabajo para permanecer y residir en él). En particular, esta restricción es la que determina el estatuto jurídico básico de la extranjería en España²⁵: entrada (a través de visado como elemento básico de control), permanencia (mediante autorización de residencia), trabajo (igualmente mediante la concesión de una autorización) y, finalmente, el régimen sancionador. Este estatuto jurídico básico es el que permite distinguir entre extranjeros regulares e irregulares. Evidentemente, la posibilidad de gozar de los derechos propios del Estado de Bienestar viene aparejada a la situación de regularidad del extranjero en España²⁶.

Por su parte, la doctrina científica identifica como «inmigración» aquel fenómeno socio-económico que consiste en el movimiento de entrada o llegada de personas a una región distinta a la de su país de origen. En la mayoría de las ocasiones, esa inmigración se produce desde territorios subdesarrollados hacia países desarrollados, siendo las razones principales que motivan este desplazamiento la búsqueda de una mejora en las condiciones de vida, salud y trabajo²⁷. En este último caso, la inmigración plantea la cuestión de la integración social de los inmigrantes, la cual requiere conjugar básicamente la capacidad de absorción y/o necesidades de España —como país de acogida— con la presión inmigratoria (entendida ésta como el número de inmigrantes dispuestos a venir a la nación española)²⁸.

24. TARIBINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «Los derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 63, 2006, pp. 198-201. CABEZA PEREIRO, J.: *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables...* *op. cit.*, p. 45.

Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español las limitaciones a la no equiparación tienen, incluso, fundamento constitucional (art. 13 de la CE). En relación a la interpretación de los derechos fundamentales y las libertades públicas, véase la STC 107/1984, de 23 de noviembre, publicada en el BOE 21 de diciembre de 1984.

25. TARIBINI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 36.

26. Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre; 94/1993, de 22 de marzo; 116/1993, de 29 de marzo; 95/2000, de 10 de abril; 95/2003, de 22 de mayo y 72/2005, de 4 de abril.

27. Junto al inmigrante también cabe considerar al refugiado y asilado que, por su condición social, tenga que ganarse la vida mediante su trabajo. En este caso, se equiparan ambas situaciones.

28. RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M^a.: «La ley Orgánica 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoque jurídico»... *op. cit.*, p. 64.

Siguiendo este razonamiento se afirma que, desde el punto de vista técnico-jurídico, no toda persona extranjera es inmigrante. Sin embargo, lo cierto es que la LOEXIs no distingue y cuando se refiere al inmigrante se remite al concepto de «extranjero» debido a que se confunden, en este concreto punto, los planos técnico-jurídico y material. En otras palabras, el concepto teleológico de «extranjero» que se describe en el artículo 1.1 de la LOEXIs se refiere, en realidad, al de «inmigrante»²⁹. Para la ley 4/2000 esta diferenciación léxica no debe conducir a una diversificación semántica, de modo que cabe emplear indistintamente sendos conceptos términos para referirse a una misma realidad.

Una vez aclarado este aspecto cabe precisar ahora, ¿qué se entiende por «regularidad» e «irregularidad» del inmigrante en España? Resulta importante esta distinción, pues dependiendo de esto se hará o no extensible el derecho al disfrute de las prestaciones de Seguridad Social en igualdad de condiciones con los españoles³⁰.

En sentido negativo se presentan dos tipos de irregularidades. De un lado, la irregularidad total o absoluta y, de otro, la irregularidad relativa o laboral. Mientras que la primera aparece referida al extranjero que carece de la correspondiente autorización para trabajar y residir en España; la segunda únicamente describe la situación del inmigrante que no ha obtenido la autorización para trabajar. Para una parte de la doctrina científica esta última precisión carece de sentido, ya que normalmente la autorización para trabajar y residir se conceden en un único acto administrativo³¹.

Al margen de lo anterior, en la práctica se presenta otro tipo más de irregularidad, esto es, la llamada «irregularidad laboral sobrevenida». Se entiende que concurre esta circunstancia cuando caduca o no se renueva la pertinente autorización para trabajar en España. Sin embargo, caben incluir igualmente aquí aquellos supuestos en los que se concede la autorización para trabajar al extranjero que reside legalmente en España durante un año o, por tiempo inferior, siempre que acredite una situación de necesidad por circunstancias sobrevenidas de trabajar y con el fin de garantizar su subsistencia o el derecho a la reagrupación familiar (artículo 96.1 y 96.3 de RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el

29. "Si la finalidad del proceso legislativo es la integración social de los inmigrantes no es soslayable una de las cuestiones técnicas más arduas de una supuesta ley de inmigración cual es la definición jurídica de inmigrante o, de otro modo, la delimitación del ámbito de aplicación de las previsiones legales sobre su integración". RUIZ DE HUIDOBRO, J.M.: "Notas sobre el proceso de reforma legislativa en materia de extranjería e inmigración", *Revista Migraciones*, núm. 4, 1998, p. 291.

30. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes»... *op. cit.*, p. 241. CHARRO BAENA, P.: «El derecho a la Seguridad Social de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Dir. y Coords.), *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho*, Granada, Comares, 2016, pp. 258-259.

31. VALDUEZA BLANCO, M.D.: «Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales», *Relaciones Laborales*, n.º 2, 2003, p. 168-200.

que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³²).

2.1. Prestaciones de Seguridad Social para inmigrantes: marco normativo regulador y panorámica general

Tres son los artículos de la LOEXIs que se refieren a las prestaciones de Seguridad Social para inmigrantes, a saber: artículo 10 intitulado «Derecho al trabajo y a la Seguridad Social», artículo 14 sobre el «Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales» y, finalmente, el artículo 36 en donde se concreta «La autorización de residencia y trabajo» necesarias para desempeñar una actividad lucrativa en España.

Comienza el artículo 10.1 de la Ley 4/2000 haciendo hincapié en los dos requisitos primordiales, de autorización de estancia y residencia, para poder gozar de los derechos de Seguridad Social a los que, posteriormente, se refiere esta ley. En concreto, se indica lo siguiente: «Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente». Destaca el hecho de que este apartado se refiera a la condición de «residente»³³, lo que implica que el inmigrante habrá de estar afiliado, en alta y cotizando (obligación que le corresponde al empresario) para poder disfrutar de las prestaciones contributivas³⁴, pues de lo contrario, su acceso al sistema de protección social será limitado³⁵. En otras palabras, el inmigrante en situación irregular no tendrá derecho a dichas prestaciones aunque esté desempeñando un trabajo.

Claramente se pretende con esta previsión controlar la entrada de extranjeros en el mercado laboral español y al hilo de la situación de la mano de obra nacional³⁶. Lo que, al término, conlleva que éstos acaben ocupando aquellos

32. Artículo 96 redactado por el apartado veintisiete del artículo único del R.D. 1162/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE de 23 julio).

33. Inciso que fue introducido por el artículo 10 que redacta el apartado doce del artículo único de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 diciembre).

34. MONEREO PÉREZ, J.L. y VILA TIerno, F.: «La (des)protección social del trabajador extranjero en situación irregular. La incidencia de las autorizaciones administrativas previas respecto al reconocimiento de la prestación por desempleo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 11, 2017, pp. 1080 y 1081.

35. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes... *op. cit.*, p. 244.

36. AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 63, 2006, pp. 175-176.

puestos de trabajo que no son desarrollados por la población autóctona³⁷. Para lo cual se tiene en cuenta el catálogo de ocupación de difícil cobertura (CODC) que es elaborado por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE). Asimismo, aun cuando un empleo no sea calificado como de difícil cobertura, el empresario podrá proceder a contratar a trabajadores inmigrantes siempre que acredite la insuficiencia de trabajadores cualificados nacionales y/o comunitarios para un determinado puesto de trabajo. Previamente éste deberá probar que ha gestionado la oferta pública de empleo a través del SPEE y que el resultado ha sido negativo³⁸. De este modo el sistema público canaliza los flujos laborales al tiempo que controla la entrada de trabajadores en España.

No obstante, este artículo 10 de la LOEXIs no puede entenderse aisladamente, debiendo completarse con lo previsto por el artículo 14 de este mismo texto legal³⁹: «1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas».

Nuevamente se insiste en que para que el inmigrante pueda gozar de las prestaciones y servicios de protección social, en igualdad de condiciones a los nacionales, deberá encontrarse en situación legal en España. Por lo que no basta con una mera estancia, sino que habrá de tramitarse la autorización de residencia conforme a los requisitos que enumera la LOEXIs y su reglamento de desarrollo, aprobado mediante RD Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. En cuyo caso, el extranjero tendrá «... derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles». A sensu contrario, cuando el inmigrante se encuentre en situación irregular en España sólo tendrá derecho a las prestaciones y servicios

37. El acceso de los extranjeros al empleo, tal y como señala la Exposición de Motivos del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla a la LOEXIs está basado en la «... necesidad de cobertura de puestos de trabajo y, salvo en los supuestos previstos por circunstancias excepcionales y por el paso desde una situación de residencia o de estancia por investigación o estudios a una autorización de residencia y trabajo, los inmigrantes que quieran desarrollar una actividad laboral deberán venir en origen con un visado que les habilite para trabajar o para buscar un empleo».

38. CHARRO BAENA, P.: «El trabajo de los extranjeros en España: Una lectura desde el ordenamiento laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 63, 2006, pp. 68-71. AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral»... *op. cit.*, p. 176.

39. Artículo 14 redactado por el apartado dieciséis del artículo único de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

sociales básicos, pero no a las prestaciones contributivas del sistema⁴⁰. Y es que no sólo basta con cumplir el requisito de la residencia, sino que también deberá desempeñar una actividad laboral. Lo cual no impide que éste pueda acceder al nivel no contributivo para que el que se exige, al margen de los rasgos de cada prestación, la situación real de carencias de recursos económicos⁴¹.

Finalmente, el marco normativo regulador de las prestaciones de Seguridad Social para los extranjeros en España se cierra con la previsión que recoge el artículo 36 de la LOEXIs sobre la «Autorización de residencia y trabajo». Resulta relevante destacar lo preceptuado por el apartado 5, en donde se refiere a la situación en particular de los inmigrantes irregulares, a saber: «La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero».

Son tres los puntos más conflictivos que se analizan en este artículo 36.5 de la LOEXIs: A) Los requisitos de autorización de trabajo y residencia serán determinantes para el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. Ello deriva de los convenios internacionales que tratan de proteger al inmigrante para que no quede en una situación de desprotección social; B) No obstante si el extranjero carece de los anteriores requisitos, pero se encuentra trabajando, el contrato de trabajo no podrá ser declarado nulo. En otras palabras, la irregularidad laboral no impide que se generen los derechos a las correspondientes responsabilidades empresariales y de Seguridad Social; C) Finalmente, el trabajador irregular queda excluido de la posibilidad de disfrute del subsidio por desempleo en España.

Primeramente, el derecho al acceso o no a las prestaciones del sistema de Seguridad Social del inmigrante en situación irregular constituye un tema bastante conflictivo. Una buena parte de la doctrina científica opina que, aunque el extranjero no cumpla con los requisitos de autorización de residencia y trabajo, si está desempeñando una actividad profesional no puede negarse el derecho de acceso a las contingencias comunes, ya que se encuentra en situación asimilada al alta⁴². De la lectura al artículo 36.5 de la LOEXIs se deduce que dicha limita-

40. Una parte de la doctrina científica opina que basta con la autorización de residencia para poder gozar del nivel contributivo. ROQUETA BUJ, R.: «Las condiciones de trabajo y Seguridad Social de los extranjeros en España», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 10, 2005, p. 73.

41. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes»... *op. cit.*, p. 245.

42. CABEZA PEREIRO, J.: «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras», *Actualidad Laboral*, n.º 3, 2008. De igual modo, GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: «La autorización de trabajo por

ción no podrá impedir el disfrute de las contingencias de origen profesional que se reconozcan en los textos normativos y convenios de carácter internacional. Ahora las bien, las dudas se plantea respecto al amplio término de prestaciones «compatibles con su situación», al que alude el artículo 36.5 de la LOEXIs⁴³ y que fue incorporado con la reforma operada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LOEXIs. Ciertamente, las fronteras entre las prestaciones originadas por contingencias comunes y profesionales no quedan claras aquí. Y es que, no se concretan en la LOEXIs cuáles son las prestaciones a las que tendrán acceso los inmigrantes. El artículo 42 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social establece: 1) Los extranjeros que cuenten con una autorización de estancia y trabajo en España quedan incluidos en el ámbito subjetivo de la Seguridad Social (artículo 42.1 del RD 84/1996); 2) Los extranjeros irregulares (o sea, sin autorización de residencia y trabajo) de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo —de 5 de junio de 1925— se incluyen en el sistema de Seguridad Social, pero sólo en determinadas circunstancias y a efectos de la protección frente a determinadas contingencias profesionales (artículo 42.2 del RD 84/1996); 3) Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar —los irregulares laborales—, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones (artículo 42.2 del RD 84/1996). Esto último viene referido a las contingencias de origen profesional, ya que el propósito no es otro que reforzar la responsabilidad empresarial, lo que no implica legalizar indirectamente la situación administrativa de los irregulares en España⁴⁴.

El RD 84/1996 exigía para incluir en el ámbito subjetivo de aplicación de la Seguridad Social a los inmigrantes, antes de su modificación por el RD 1041/2005⁴⁵ de 5 de septiembre, una copia del permiso de trabajo⁴⁶, lo que suponía un claro obstáculo. Sin embargo, con la redacción que al artículo 42 otor-

cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 63, 2006.

43. MONTOYA MELGAR, A.: «El empleo ilegal de inmigrantes», *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 17, 2009, pp. 21-26.

44. RUIZ CUESTA, M Y MUÑOZ RUIZ, A.B.: «Contrato de trabajo nulo y prestaciones de Seguridad Social», en VV.AA., *Derechos y libertades de los extranjeros: XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, Ministerio de Trabajo, 2001.

45. Por el que se Modifican los reglamentos Generales sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social; sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social; de la recaudación de la Seguridad Social y sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social (BOE núm. 222 de 16 de septiembre de 2005).

46. "A las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores

ga el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, la remisión al Convenio n.º 19 de la OIT y a los riesgos profesionales es clara, a saber: «Los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 199 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida (...)».

Evidentemente, este apartado 2 del artículo 42 del RD 84/1996 exige la autorización de trabajo como presupuesto de la ulterior afiliación y alta de extranjero, declarando expresamente que no basta con la mera solicitud para poder formalizar ésta. En consecuencia, la afiliación y alta sin previa autorización de trabajo⁴⁷ constituyen «actos contrarios al ordenamiento jurídico» y, por tanto nulos⁴⁸. De igual modo, el RD 2393/2004, indica para los trabajadores regulares⁴⁹ por cuenta ajena, en su art. 51.12, que «a partir de la entrada legal en España del trabajador, podrá comenzar su actividad y se producirá su afiliación, alta y posterior cotización en los términos establecidos por la normativa de Seguridad Social que resulte de aplicación». Más aún, el art. 51.13 añade que si al solicitar el extranjero autorizado su tarjeta de identidad o transcurrido un mes desde su entrada en España no consta su afiliación y alta a la Seguridad Social, la Administración procederá entonces a revocar la autorización (o lo que es lo mismo, se extinguirá la autorización). Para los trabajadores por cuenta propia, el Reglamento condiciona igualmente la afiliación, alta y cotización del inmigrante a su entrada legal en España, provisto del correspondiente visado (artículo 59.11).

De conformidad con dicho artículo 42 del RD 84/1996, así como el artículo 36.5 de la LOEXIs, el derecho al acceso a las prestaciones para los inmigrantes ha de resolverse dependiendo de la situación administrativa de éstos en España. Y es que, no se olvide que, el art. 14.1 LOEXIs insiste en condicionar el acceso a las «prestaciones y servicios de la Seguridad Social» a la residencia de los extranjeros, así como los demás requisitos que obligan a los españoles. En concreto, el artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) indica para los

españoles, deberá acompañarse copia del correspondiente permiso de trabajo" (artículo 42 redactado por el RD 84/1996).

47. Práctica que se ha empleado en ocasiones para sanar una situación de ilegalidad. FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: «Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo», *Aranzadi Social*, n.º 10, 2003, pp. 1077-1080.

48. Véanse las sentencias del TSJ de Andalucía (Granada) de 13 de mayo de 1992 y de Murcia de 4 de octubre de 1999.

49. MONTOYA MELGAR, A.: «El empleo ilegal de inmigrantes»... *op. cit.*, p. 24.

inmigrantes ilegales lo siguiente: a) sólo tendrán derecho a las prestaciones contributivas por contingencias comunes los extranjeros «que residan o se encuentren legalmente en España»; b) Se exige, al igual que a los españoles, que deberá éste ejercer (se sobreentiende que en condiciones legales) en territorio español una actividad comprendida en el campo de aplicación del Sistema (artículo 7.1 de la LGSS), de forma que se encuentre afiliado y en alta; C) Aparte, el inmigrante habrá de cumplir con el período de cotización exigido para cada contingencia (arts. 16 y siguientes de la LGSS). Obviamente, si el extranjero no reúne ninguno de estos requisitos no puede disfrutar de las prestaciones de Seguridad Social⁵⁰.

Ahora bien ¿qué ocurre cuando el inmigrante ha trabajado, pero no se ha regularizado su situación administrativa en España debido a un incumplimiento empresarial? Lo primero que hay que tener en cuenta es que el contrato de trabajo no es nulo⁵¹, pero tampoco ello será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle. En ese caso, perfectamente, el extranjero irregular laboral podrá generar el derecho a las prestaciones por contingencias comunes, además de las causadas por origen profesional⁵². Todo ello, sin perjuicio, de las responsabilidades penales o administrativas, incluso en materia

50. Véase la sentencia del TS de 14 de noviembre de 1997 y la del TSJ de Madrid de 6 de mayo de 2000.

51. Ver las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 5 de abril de 2005 y del País Vasco de 13 de Febrero de 2007. En esta línea, resulta interesante la doctrina del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en su sentencia de 17 de septiembre de 2013 (Rec. 2398/2012) en donde se ha establecido que, si bien el contrato de trabajo del extranjero, sin la preceptiva autorización, está afectado de la sanción de nulidad que establece la normativa (artículo 7.1 del ET y artículo de la 36.1 LOEX); la misma ley salva la sanción de nulidad proclamando su validez respecto a los derechos del trabajador afectado.

La Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, establece que los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. Por otra parte, el apdo. 1, Art. 144 ,Ley General de la Seguridad Social, establece que la obligación de cotizar se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena, precepto determinante de que la Sala de lo Contencioso Administrativo de este Tribunal (Sentencia de 2 de diciembre de 1998, recurso de apelación número 9978/1992) haya declarado la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900. Sentencias del TS, Sala de lo Social, n.º S/S, de 09/06/2003, Rec. 4217/2002, TS, Sala de lo Social, de 11/10/2006, Rec. 3562/2005 y TS, Sala de lo Social, n.º S/S, de 29/09/2003, Rec. 3003/2002).

52. Esto es, las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, "a los solos efectos" de las cuales se considera a los citados extranjeros en situación de alta de pleno derecho, como si fueran españoles, rigiendo en la materia el principio de automaticidad en el pago de las prestaciones, cuyo anticipo corre a cargo de la Entidad gestora o Mutua (STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2003), siendo responsables subsidiarios el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

de Seguridad Social, que dé lugar la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario⁵³. En efecto, aunque la autorización administrativa para trabajar constituya requisito esencial para el contrato de trabajo, la falta del mismo no invalidará el mismo, lo cual no impide que el empresario pueda extinguir la relación laboral⁵⁴. En estos casos, las consecuencias del despido suponen la calificación de improcedencia, pero no la readmisión debido a la situación irregular del trabajador inmigrante⁵⁵. En otras palabras, para evitar conductas propiciadoras de «hechos consumados», el artículo 36.5 LOEXIs (tras la modificaciones operada por Ley 2/2009) persevera en que «el reconocimiento

53. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 21 de enero de 2010 (Rec. 106/2009).

En virtud de lo establecido en los artículo 54 y 55 de la LOEXIs, la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo constituye infracción calificada como muy grave, incurriendo el empresario en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados en dicha situación irregular, pudiendo ascender cada multa desde 6001 euros hasta 60.000. Dicho importe se aumentará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación de servicios del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación, conforme a lo establecido en el Art. 48 ,Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

Sin perjuicio de ello, los apartados 6 del artículo 55 de la LOEXIs y 5 del artículo 141 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, recogen como sanción accesoria la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años. Por su parte, los apartados 1 de artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y el artículo 138 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, prevén como sanción alternativa a la multa la expulsión del territorio español del empresario extranjero infractor.

El expediente sancionador se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con el procedimiento sancionador por infracciones del orden social, correspondiendo la imposición de las sanciones al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

En este sentido, las sentencias del TSJ Murcia, Sala de lo Social, n.º 979/1999, de 04/10/1999, Rec. 1573/1998 y TS, Sala de lo Social, de 21/06/2011, Rec. 3428/2010.

54. La Sentencia del TSJ de Cataluña de 1 de febrero de 2016 (Rec. 3717/2015) ha entendido que la autorización administrativa para trabajar, exigida a un extranjero no comunitario en España, constituye un requisito esencial del contrato de trabajo y, por lo tanto, forma parte de la base del negocio. Ahora bien, la pérdida de la misma, permite que la otra parte que actuó de buena fé, a partir del momento en que tuvo conocimiento de la misma, pueda resolver el contrato de trabajo. Y es que la falta de la misma, por consiguiente, supone la concurrencia de una «condición resolutoria» implícita en el contrato que debe permitir a la empresa, en aplicación del apartado 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores (letra b) resolver el contrato de trabajo.

55. La STS 29/09/2003 (Sala de lo Social, Rec. 3003/2002 -), que versa sobre un supuesto similar al tratado, resolvió que el trabajador extranjero, sin permiso de trabajo ni residencia, tiene derecho a la aplicación de la normativa del Estatuto de los Trabajadores sobre extinción de la relación laboral, otorgando la protección que la citada normativa desarrolla a este efecto. Con la peculiaridad, en los casos de despido, de la desaparición de la posibilidad de readmisión por la situación de ilegalidad de los extranjeros que carecen de permiso de residencia.

Por lo que en caso de impugnar el despido, la condena judicial sólo se limitaría al pago de la indemnización sin conceder a la empresa la posibilidad de optar por la readmisión. Estableciéndose en otra sentencia (ver TSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999), que los años trabajados sin permiso de trabajo no computarán para el cálculo de la indemnización que correspondiese por despido al trabajador extranjero.

de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero», salvo que la ley disponga lo contrario (esto es, sólo «en los casos legalmente previstos») ⁵⁶.

En segundo lugar, aunque el inmigrante se encuentre en situación de irregularidad laboral (falta de autorización de trabajo) o plena en España (falta de autorización de residencia y trabajo), el empresario estará obligado a cotizar por ellos, pese a que legalmente no proceda su afiliación y alta ⁵⁷. Y todo ello conforme a la aplicación analógica de los artículo 9.2 ⁵⁸ del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) y el artículo 18 de la LGSS, en donde se establece que la obligación de cotizar le corresponderá al empresario «... desde el momento de iniciación de la actividad correspondiente» ⁵⁹. Se parte de la interpretación literal de que la obligación de cotización tiene por presupuesto el puro hecho de «la prestación del trabajo... sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad». En realidad, el empresario que no cumple con sus obligaciones de afiliación, alta y cotización de los trabajadores inmigrantes ilegales incurre en infracción administrativa no por haber omitido esos actos, sino por haber empleado ilegalmente al extranjero. Conforme a esta irregularidad, la Inspección de Trabajo podrá levantar acta de infracción para sancionar la contratación ilegal del inmigrante, pero no para sancionar su falta de afiliación, alta o cotización y, obviamente, tampoco podrá levantar acta de liquidación por tales descubiertos de cotización ⁶⁰, ya que las mismas se entienden nulas por incumplimiento empresarial.

En tercer lugar, la compatibilidad para el disfrute de las distintas prestaciones dependerá de la situación administrativa en España (artículo 36.5 de la LOEXis). Si el inmigrante irregular (laboral o pleno) ha estado trabajando podrá disfrutar de las prestaciones de corto alcance (a excepción del desempleo) que haya generado como: la maternidad, la paternidad, la incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo... etcétera. De igual modo, también podrá disfrutar de las prestaciones de largo alcance (como la jubilación y la incapacidad permanente), ya que resulta irrelevante aquí la autorización para trabajar y residir, máxime teniendo en cuenta que las prestaciones podrán exportarse ⁶¹.

En cuarto lugar, hay que considerar al empresario como único responsable de las prestaciones de acuerdo con el artículo 167.2 de la LGSS, esto es: «El in-

56. MONTOYA MELGAR, A.: «El empleo ilegal de inmigrantes»... *op. cit.*, pp. 22 y 23.

57. Resultan relevantes, en este punto, dos sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo) de de 28 de mayo de 1991 y 2 de diciembre de 1998.

58. «2. En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido».

59. Precepto que contiene idéntica cláusula que aquella que incluía el artículo 70.1 de la Ley de Seguridad Social de 1974, a saber: «La obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación del trabajo, incluido el período de prueba».

60. MONTOYA MELGAR, A.: «El empleo ilegal de inmigrantes»... *op. cit.*, pp. 22 y 23.

61. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes»... *op. cit.*, pp. 254-262.

cumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva». El incumplimiento de la obligación de solicitar autorización de trabajo resulta causa determinante para que el trabajador se convierta en irregular lo que, al tiempo, impide igualmente que éste cumpla con las obligaciones de afiliación, alta y cotización. Es por ello que el citado precepto condicione la exigencia de responsabilidad a la «fijación de los supuestos de imputación». Desgraciadamente, en la actualidad este requerimiento no incluye a los inmigrantes ilegales, pues los preceptos aún aplicables son tan atormentados (a saber: los artículos 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966) que circunscriben la responsabilidad empresarial a aquella que pueden exigir los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y fuera del que se encuentran, evidentemente, los extranjeros sin autorización para trabajar en España. Por todo ello, el incumplimiento del deber de cotización genera repercusiones directas para el empresario en el ámbito de la Seguridad Social (que se ingresarán en la TGSS), lo que no impedirá asimismo la responsabilidad de éste en el terreno de las prestaciones cuyo derecho ha generado el trabajador irregular⁶². A este respecto, una parte de la doctrina sostiene que la responsabilidad del empresario no es aquí por aplicación del artículo 167.2 de la LGSS, sino por los daños que derivan del incumplimiento extracontractual de sus obligaciones⁶³ (artículos 1101 y 1102 del Código Civil) o de una circunstancia ajena al contrato⁶⁴ (artículo 1902 del Código Civil).

Ningún fundamento existe para atribuir dicha responsabilidad prestacional a la Entidad Gestora, puesto que falta el presupuesto para que exista obligación de afiliación, alta y cotización de acuerdo con el artículo 167.1 de la LGSS⁶⁵. Por lo tanto, no cabe el anticipo de las prestaciones, ni tampoco la automaticidad y la responsabilidad subsidiaria en caso de insolvencia del empresario⁶⁶.

Finalmente, la exclusión del subsidio por desempleo de los trabajadores inmigrantes irregulares se erige en la única excepción para el acceso a las prestaciones de Seguridad Social de los inmigrantes ilegales. Sin perjuicio de que en

62. CEINOS SUÁREZ, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 2006.

63. RUIZ CUESTA, M Y MUÑOZ RUIZ, A.B.: «Contrato de trabajo nulo y prestaciones de Seguridad Social»... *op. cit.*

64. MERCADER UGUINA, J.R.: «La protección social de los trabajadores extranjeros» en VV.AA., *Derechos y libertades de los extranjeros: XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, Ministerio de Trabajo, 2001. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I Y MERCADER UGUINA, J.R.: «Extranjeros en situación irregular y responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social. Cambios jurisprudenciales», *Justicia Laboral*, n.º 16, 2003, pp. 5 a 9.

65. RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: «Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de Seguridad Social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», *Actualidad Laboral*, n.º 5, 2009, p. 1. MONTOYA MELGAR, A.: «El empleo ilegal de inmigrantes»... *op. cit.*, p. 25. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes»... *op. cit.*, p. 260.

66. Sentencia del TS de 4 de junio de 2000, RJ 2000/5116.

el siguiente apartado se trate con más detenidamente este tema, conviene señalar ahora que, para el caso de la nación española, las normas de Seguridad Social supeditan el derecho a la protección por desempleo al principio de territorialidad, por lo que se condiciona su aplicación al hecho de que sus destinatarios deban cumplir con los requisitos de nacionalidad, residencia o trabajo en el territorio de un Estado miembro; por lo que si se dan estas condiciones, las personas inmigrantes tendrán, eventualmente, derecho a diferentes prestaciones siempre y cuando no sean de la misma naturaleza⁶⁷.

2.2. La protección por desempleo de los inmigrantes: niveles de protección, trabajo sumergido, retorno y principio de igualdad

La presencia de inmigrantes constituye, a día de hoy, una realidad estructural y compleja que se sitúa cada vez más en el centro neurálgico de la acción política y jurídica a desarrollar por parte de todos los Estados. El modo de afrontarla y gestionarla resulta de difícil aplicación en el marco de una sociedad globalizada, puesto que no existe actualmente una infraestructura institucional y jurídica adecuada a nivel internacional, que otorgue una respuesta uniforme al conjunto de interrogantes que se plantean dentro de los sistemas normativos de los diferentes países.

Los constantes movimientos de salida, entrada o ambos conjuntamente que sufren las naciones occidentales mayoritariamente han motivado el establecimiento de una serie de mecanismos de control con la intención de salvaguardar sus mercados de trabajo. En este sentido, algunos Estados se han visto verdaderamente desbordados en los últimos años, principalmente, a causa de una entrada masiva de personas en busca de posibilidades vitales que a duras penas encontraban en sus países de origen. Ya sea debido a razones geográficas, políticas, económicas o incluso sociales, una inmensa cantidad de personas han saturado las costas mediterráneas de la Unión Europea. Esta situación ha motivado que los Estados y otros actores tomen conciencia de la gravedad del problema, de ahí que se hayan adoptado desde el ámbito comunitario una serie de medidas de política jurídica de control de flujos enfocada a la racionalización económica⁶⁸ e incluso a la laboralización de las políticas migratorias⁶⁹.

En concreto, la figura de la inmigración ha estado desde siempre presente en las medidas de política migratoria que se han adoptado a nivel europeo,

67. LÓPEZ INSUA, B.M.: «La protección frente al desempleo de las personas emigrantes de la Unión Europea»... *op. cit.*, pp. 573 y siguientes.

68. MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «El modelo de política jurídica de inmigración y mercado de trabajo en España», *Revista de derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 29, 2012, p. 12.

69. ROJO TORRECILLA, E Y CAMAS RODAS, F.: «Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas», *Temas Laborales*, n.º 104, 2010, p. 15.

aunque si bien de manera tangencial y limitada, pues muchas veces se ha asociado al fracaso del proyecto migratorio. En los últimos tiempos este fenómeno ha cobrado gran relevancia debido a la situación de crisis de empleo que viven los países receptores de esta mano de obra⁷⁰, entre los que se encuentra España. Lo que ha implicado de lleno al sistema de políticas de empleo⁷¹, pues precisamente en momentos de recesión económica es más cuando surgen más necesidades y, precisamente, cuando menos recursos existen para hacer frente a dichas situaciones⁷².

Lamentablemente, la respuesta entre los distintos países se ha hecho notar de una forma poco deseable, siendo así muy dispares las medidas adoptadas entre ellos. Así pues, mientras que algunos Estados han optado por posibilitar la entrada de inmigrantes otros, por el contrario, han sacado a la luz las discrepancias en las decisiones políticas y la fragilidad de sus mercados. Principalmente, éste último ha sido el caso de España en donde la población inmigrante se han caracterizado por ocupar empleos poco cualificados y de carácter temporal⁷³, lo que ha motivado el surgimiento de la irregularidad y la precariedad laboral. En toda crisis los estamentos más débiles son siempre los más perjudicados, especialmente ello incluye a la porción poblacional que representa a los extranjeros en situación irregular (laboral o plena). Esta crispada situación no sólo se ha traducido en un aumento del empleo sumergido, sino también en un crecimiento vertiginoso y de larga duración de los niveles de desempleo debido todo ello a la caída de la actividad productiva⁷⁴. Se constata que la tasa de desempleo en España de extranjeros es más alta que la que representan los propios nacionales⁷⁵.

En este contexto, las bases que sostienen al sistema de Seguridad Social se encuentran cada vez más debilitadas debido al daño que el incremento de la economía sumergida está causando en todos los sectores que se encuentran legalmente constituidos. Deplorable es, quizás, el término que mejor define la situación de todas aquellas personas que se ven abocadas a vivir en una espiral

70. CHARRO BAENA, P.: «Retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: La capitalización del desempleo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 105, 2013, página 70.

71. DE LA CASA QUESADA, S.: «La inserción laboral de los inmigrantes», en VV.AA., MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2004, pp. 75-87.

72. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Los “renglones torcidos” de la política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante»... *op. cit.*, p. 3 en su versión digital.

73. CHARRO BAENA, P.: «Retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: La capitalización del desempleo»... *op. cit.*, p. 71.

74. LÓPEZ INSUA, B.M.: «El fraude en las prestaciones por desempleo», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 3, 2º Trimestre de 2015, p. 124.

75. En particular, durante el año 2019 la tasa de desempleo en España de nacionales ha sido del 13,8%, mientras que la de extranjeros alcanza los 20,9%. <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/NotasEconomicas/19/T2/descargar/Fich/be1902-ne04.pdf>

de pobreza y trabajo irregular a la espera de un empleo digno, moviéndose así en un terreno movedizo entre la legalidad y el fraude al sistema de Seguridad Social. Y es que, a día de hoy, el empleo sumergido y el fraude constituyen elementos centrales que inciden en la crisis de financiación del sistema de Seguridad Social y, en particular, de protección de las prestaciones por desempleo⁷⁶.

Actualmente, el artículo 263 de la LGSS estructura la protección por desempleo en dos niveles, de carácter público y obligatorio. De un lado, se encuentra el nivel contributivo (artículo 263.2 de la LGSS). Éste protege la situación de desempleo de quienes pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo de forma temporal o definitiva o ven reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo entre un mínimo de un 10 % y un máximo de un 70 %. Para el acceso a la misma se requiere, además de cumplir los requisitos que enumera el artículo 266 de la LGSS⁷⁷, la cotización previa del trabajador a la Seguridad Social por desempleo, dado que su financiación se efectúa por las cotizaciones de los trabajadores, de los empresarios y la aportación del Estado. De otro, aparece el nivel asistencial, que completa al anterior. La finalidad aquí es garantizar un nivel mínimo de protección a los trabajadores desempleados que cumplan con los requisitos que establecen los artículos 274 y siguientes de la LGSS (Título III, Capítulo III de la LGSS). Los inmigrantes irregulares, como más adelante se expondrá, no podrán acceder a este nivel asistencial puesto que se exige el agotamiento del nivel contributivo, aparte de tener ciertas responsabilidades familiares.

El desempleo o «paro forzoso» constituye, actualmente, uno de los mayores problemas económicos y sociales a los que debe enfrentarse una sociedad industrializada como la nuestra. No se trata de un fenómeno nuevo, sino que

76. LÓPEZ INSUA, B.M.: «La lucha contra la precarización en el empleo desde la perspectiva de la Seguridad Social: desempleo o supervivencia en un contexto de crisis “económica” y “social”», *Revista IUSLabor*, n.º 1, 2016, pp. 3-5.

77. Los requisitos que recoge la LGSS son los siguientes: A) Inscribirse como demandante de empleo y mantener dicha inscripción durante todo el período de percepción de la prestación. B) Estar afiliado y en situación de alta o asimilada al alta en la Seguridad Social, en un régimen que contemple la contingencia por desempleo. C) Estar en situación legal de desempleo. También se ha de acreditar la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada, mediante la suscripción de un compromiso de actividad. D) Tener cubierto un período mínimo de cotización por esta contingencia de 360 días, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. En el caso del emigrante retornado que cotizó al desempleo en España antes de emigrar, deberá tener cubierto un período mínimo de cotización de 360 días dentro de los 6 años anteriores a la fecha de emigración, siempre que no hayan sido computados para el nacimiento de un derecho anterior. Además, no deberá estar percibiendo la prestación por desempleo en ningún otro Estado del Espacio Económico Europeo o Suiza. E) No realizar una actividad por cuenta propia o trabajo por cuenta ajena a tiempo completo, salvo compatibilidad establecida por un programa de fomento de empleo. F) No haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación, salvo que el trabajador no tuviera derecho a ella por falta de acreditación del período de cotización requerido para ello o se trate de supuestos de suspensión de la relación laboral o reducción de jornada autorizados por resolución administrativa. G) No estar incluido en alguna de las causas de incompatibilidad.

siempre ha existido⁷⁸, haciendo notar su presencia con mayor esplendor en momentos de crisis económica⁷⁹. Por lo que, al final, la situación de necesidad de aquellos que queriendo y pudiendo no encuentran empleo ha pasado de ocupar un papel «marginal»⁸⁰ a ser el principal escollo con el que ha tropezado la política de Seguridad Social y de empleo contemporánea.

En todo Estado Social y Democrático se debe garantizar el derecho de toda persona a una existencia digna (artículo 10.1 Constitución Española— CE)⁸¹, por lo que si no se consagra de forma efectiva el desarrollo de una actividad laboral (artículo 35.1 CE) deberán los Poderes Públicos intervenir. Estos habrán de hacer uso de los mecanismos de políticas de empleo (art. 40.1 CE)⁸², al tiempo que se activan los mecanismos sustitutivos del salario (*lucro cesante*) por el sistema de Seguridad Social⁸³. Por lo que, al final, tendrá el Estado⁸⁴ que buscar fórmulas de políticas activas de empleo (actuando en el campo de la formación, mejora en el acceso al empleo y fomento del mismo)⁸⁵ y proteger al desempleado, en tanto que repara el daño patrimonial mediante la concesión de una prestación (políticas pasivas)⁸⁶. De este modo, la protección por desempleo se inscribe dentro del marco de las políticas orientadas al pleno empleo por imperativo constitucional (artículos 35.1 y 40.1 CE) y aplicación de la normativa interna-

78. GARCÍA MURCIA, J.: «Desempleo», VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 33.

79. TOBES PORTILLO, P Y ANGOITIA GRIJALBA, M.: «La protección por desempleo de los inmigrantes en España», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 61, 2006, pp. 41-60.

80. MONEREO PÉREZ, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 18.

81. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales...* *op. cit.*

82. «Si la política de pleno empleo es el instrumento de realización del Derecho del Trabajo y éste es un factor de integración y condición para la democracia se puede comprender por qué la política de empleo ha sido considerada como un elemento inherente a la forma política del Estado Social contemporáneo...». Ver, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 9 a 31.

83. De acuerdo con nuestro modelo constitucional, el sistema público de la Seguridad Social es un elemento estructural y fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho.

84. Aquí se incluyen también las distintas Administraciones Públicas (Nacional, autonómica y local), incluida las Supranacionales. GARCÍA MURCIA, J.: «Desempleo»... *op. cit.*, p. 52 y siguientes.

85. A este respecto, cabe conectar la protección por desempleo con la organización de los servicios públicos de colocación. De esta forma, se facilita la consecución de un empleo gracias al desarrollo de «...acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados, y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de las competencias de gestión de las políticas activas de empleo que se desarrollarán por la Administración General del Estado o por la Administración Autonómica correspondiente, de acuerdo con la normativa de aplicación».

86. En definitiva, «la protección por desempleo (pasiva) y la política activa habrán de desenvolverse dentro de una misma programación: ni las acciones activas pueden desconocer la posibilidad del desempleado de obtener ingresos sustitutivos del salario, ni éstos pueden actuar en sentido contrario a los objetivos de incentivación del empleo...», ver GARCÍA MURCIA, J.: «Desempleo»... *op. cit.*, p. 82.

cional⁸⁷, al insertarse su tutela, de forma específica, en el artículo 41 de la Carta Magna⁸⁸.

Una política eficaz de protección por desempleo precisa de un buen sistema que combine políticas de empleo con Seguridad social de forma que, en la línea trazada por las directrices de empleo de la Unión Europea, se logren medidas adecuadas que aumenten la «empleabilidad», pero que también busquen la inserción social de aquellos colectivos más vulnerables. Siendo así, quedarían superados los límites que impiden que el actual Estado del Bienestar actuar de una forma «pro-activa»⁸⁹ y conforme a esa lógica jurídica que motiva el nacimiento del sistema de protección social, así como el derecho a una existencia digna en una sociedad democrática⁹⁰.

No obstante a lo anterior, en el caso particular de los inmigrantes, la protección por desempleo encuentra aquí su principal traba debido a que éstos quedan directamente excluidos por vía del artículo 36.5 de la LOEXIs: «... En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo». Una buena parte de la doctrina científica es bastante reacia a esta radical exclusión, al entender que si se ha prestado una actividad profesional el inmigrante en situación irregular, por consiguiente, ha de tener derecho al disfrute del subsidio por desempleo⁹¹. Cobra, en este punto, una especial relevancia la cobertura frente a las situaciones de necesidad e integración social⁹² que, a través de las medidas nacionales de desarrollo, reducen las situaciones de pobreza⁹³ y de precariedad laboral. Como bien indica el artículo 2 ter de la LOEXIs: «Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de

87. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico...* *op. cit.*, p. 34. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social...* *op. cit.*, p. 445.

88. «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo».

89. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Capítulo V. El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques», en VV.AA., RODRÍGUEZ INIESTA, G Y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)*, Murcia, Laborum, 2015, pp. 131-135.

90. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las políticas activas de empleo. Derecho al trabajo y políticas activas de empleo en el marco de la política de empleo», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A Y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dirs. Y Coords), *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e Institucional*, Navarra, Aranzadi, 2016, pp. 97-100.

91. MONTOYA MELGAR, A.: «El empleo ilegal de inmigrantes»... *op. cit.*, pp. 21-26. ROQUETA BUJ, R.: «Las condiciones de trabajo y Seguridad Social de los extranjeros en España»... *op. cit.*, p. 75. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Los “renglones torcidos” de la política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante»... *op. cit.*, p. 5 en su versión digital.

92. Ver Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de Diciembre de 2019, Asunto C-447/18.

93. VV.AA., *Migración laboral internacional: un enfoque basado en los derechos*, Ginebra, 2011.

https://www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/WCMS_125362/lang-en/index.htm

identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley». Por ello las medidas de protección por desempleo de los trabajadores inmigrantes habrá de orientarse siempre hacia los cauces de visibilización y normalización para así fomentar, en general, la integración de éstos en los sistemas generales de prestación de servicios y mecanismos de políticas activas de empleo⁹⁴.

2.2.1. El acceso de los trabajadores inmigrantes regulares al desempleo

De acuerdo con el artículo 13 de la Constitución Española y el artículo 3 de la LOEXIs, los inmigrantes regulares gozarán, en igualdad de condiciones que los españoles, de los mismos derechos y libertades fundamentales que se reconocen en el Título I de la Carta Magna, a excepción del derecho a participar en asuntos públicos y a funciones y cargos públicos, en donde habrá de seguirse lo dispuesto por los tratados y las leyes. En esta línea, el artículo 10 de la LOEXIs señala que los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta ley tendrán derecho a ejercitar una actividad remunerada por cuenta ajena o propia, así como el acceso al sistema de Seguridad Social de conformidad con la legislación vigente.

Por su parte, el artículo 30 bis de la LOEXIs aclara que se encuentran en situación legal en España aquellos «residentes» extranjeros que sean titulares de una autorización para residir. Por contra, aquellos que no cumplan con este requisito se hallarán en situación irregular en España, lo cual implica que sólo podrán acceder a los servicios y prestaciones sociales básicas (artículo 14.3 de la LOEXIs). En otras palabras, a efectos de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, no existe ninguna duda respecto a la igualdad de condiciones entre extranjeros regulares y españoles, ya que así se recoge en el artículo 14.1 de la Ley Orgánica 4/2000. Ahora bien, en lo que refiere a la protección por desempleo, el artículo 14.2 garantiza explícitamente lo siguiente: «Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles».

El criterio de residencia legal no queda frustrado⁹⁵, ni tampoco limitado por el hecho de que el extranjero viaje fuera de España por un periodo de 90 días.

94. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Los “renglones torcidos” de la política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante»... *op. cit.*, p. 5 en su versión digital.

95. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 11 de abril de 2019, asunto C-483/17. En este caso, expresa el Tribunal de Justicia ha declarado que la posibilidad de que un ciudadano de la Unión que haya dejado temporalmente de ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia mantenga su condición de trabajador sobre la base del artículo 7, apartado 3, de la Directiva 2004/38 y el derecho de residencia que le corresponde, en virtud del artículo 7, apartado 1, de dicha Directiva, se basa en la premisa de que ese ciudadano esté disponible o sea apto para reincorporarse al mercado de trabajo del Estado miembro de acogida en un plazo razonable (sentencia

Así lo declara el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de octubre de 2012 (con número de recurso 4325/2011). Los hechos sobre los que versa este asunto traen su causa en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de noviembre de 2001. El TSJ falla a favor del Servicio Público de Empleo Estatal y, en contra, de una mujer de nacionalidad ucraniana que, sin previo aviso, había viajado a su país natal para atender a su suegro enfermo de una angina de pecho. El SPEE le reclama a la extranjera la devolución de la prestación por desempleo, en particular de los 15.368 euros cobrados.

En esta interesante sentencia el Tribunal Supremo delimita el concepto de «traslado de residencia» a los efectos del artículo 213 g) de la LGSS de 1994 (actual artículo 217 de la LGSS) y, de igual modo, aborda el alcance de las obligaciones de comunicación y documentación a cargo de los beneficiarios, a saber: el período de libranza del artículo 6.3 RD 625/1985 (redacción RD 200/2006), así como el cuadro de situaciones de prestación «mantenida», prestación «extinguida» y prestación «suspendida». El Alto Tribunal establece que la aplicación de la doctrina general conduce a la conclusión de que el caso de esta mujer corresponde a un supuesto de prestación «suspendida» y no de prestación «extinguida», como pretende la entidad gestora y ha resuelto la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo falla en el sentido de que la prestación «suspendida» durante la ausencia de España se reanuda en el momento de reintegrarse el beneficiario al territorio español. Aparte, el TS fija el plazo de ausencia en 90 días porque, de acuerdo con la LOEXIs, es el que corresponde al periodo de paso entre la estancia y la residencia temporal.

En este mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de julio de 2017 (número de recurso 1554/2015) al entender que la puesta en marcha de este mecanismo sancionador, por parte de la Entidad Gestora (en este caso, el SPEE), supone una discriminación clara entre ciudadanos en función de factores, tales como: la nacionalidad, el sexo, la raza... etcétera.

Para los inmigrantes no comunitarios que generen el derecho al subsidio y que estén pendientes de percibirlo se establece, a través del Real Decreto-Ley

de 13 de septiembre de 2018, Prefeta, C-618/16, EU:C:2018:719, apartado 37). En efecto, el artículo 7, apartados 1, letra a), y 3, letra c), de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, debe interpretarse en el sentido de que un nacional de un Estado miembro que ha ejercido su derecho de libre circulación y ha adquirido en otro Estado miembro la condición de trabajador en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra a), de esta Directiva gracias a la actividad que ha ejercido en el mismo durante un período de dos semanas —en virtud de un contrato que no es de duración determinada— antes de quedar en paro involuntario mantiene la condición de trabajador durante un período adicional de al menos seis meses en el sentido de estas disposiciones, siempre que se haya inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. Ahora bien, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente determinar si, de conformidad con el principio de igualdad de trato reconocido en el artículo 24, apartado 1, de la Directiva 2004/38, dicho nacional tiene, en consecuencia, derecho a percibir prestaciones de asistencia social o, en su caso, de seguridad social en las mismas condiciones que si fuera nacional del Estado miembro de acogida.

4/2008 de 19 de septiembre⁹⁶, una modalidad específica de pago único de la prestación contributiva por desempleo que podrá disfrutar siempre que éstos decidan retornar a sus países de origen⁹⁷. Se trata ésta de una forma de fomento del retorno/expulsión del inmigrante que busca, de una parte, disminuir los índices de desempleo en España al tiempo que, de otra, pretende la reinserción laboral del extranjero en su país natal (ya sea para trabajar por cuenta propia o ajena)⁹⁸. Supone una medida, claramente, expulsiva que contradice las bases mismas para la integración social de inmigrantes a la que aspira la LOEXI y el conjunto de políticas de codesarrollo (comunitarias e internacionales). La idea es establecer medidas de desarrollo de la actividad económica en los países de origen para evitar que vuelvan a España. Es por ello que la doctrina científica califique a esta medida como de «retro-inmigración» o «compra de retorno»⁹⁹, al contemplar la posibilidad de que estas personas no puedan regresar en un plazo de tres años (artículo único, apartado cuatro).

La capitalización de la prestación por desempleo que se pretende con el Real Decreto-Ley 4/2008 se aleja del objetivo de protección de estos trabajadores en situación de necesidad y se centra en los objetivos de retorno, para lo que se podrán establecer ayudas directas. En efecto, indica la Disposición final única que: «... el Gobierno, dentro de los créditos disponibles, podrá establecer ayudas directas que faciliten el traslado voluntario de los trabajadores extranjeros no comunitarios a sus países de origen, así como acciones preparatorias del retorno, en materia de información, orientación y formación para el emprendimiento de una actividad económica».

Para poder ser beneficiario de esta medida el extranjero regular deberá formar parte de un programa de fomento del empleo y tener suscrito, entre España y su Estado de origen, un convenio bilateral en materia de Seguridad Social. Llama la atención que, a lo largo del cuerpo de este Real Decreto-Ley, no se

96. Sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen (BOE núm. 228 de 20 de septiembre de 2008).

97. Y que desarrolla el Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre (BOE 272, de 11 de noviembre de 2008).

98. En concreto, se indica en este Real Decreto-Ley 4/2008 lo que sigue: «... cuando el trabajador desempleado pretende constituirse como trabajador autónomo o en los casos en que vaya a incorporarse, de forma estable, como socio trabajador o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales».

99. DE LA VILLA DE LA SERNA, D.: «Medidas de fomento de la retro-inmigración. Comentario al real decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre y sus normas complementarias», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 18, 2008, pp. 3 y siguientes. CABEZA PEREIRO, J.: «El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: Primeras notas», *Actualidad Laboral*, n.º 21, 2008. CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El Derecho Social ante la crisis», *Revista Aranzadi Social*, n.º 19, 2009, p. 23. MALDONADO MOLINA, J.A.: «Pago anticipado del desempleo a los inmigrantes: ¿Fomento de empleo o del retorno?», en VV.AA., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A Y MORENO VIDA, M.^a.N (Dirs.); ORTEGA PÉREZ, N, GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F.J. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (COORD.), *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Granada, Comares, 2011, pp. 627- 643. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Los “renglones torcidos” de la política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante... *op. cit.*, p. 6 en su versión digital.

vuelva a hacer referencia o alusión a la necesidad de estar incluido en un programa de fomento del empleo¹⁰⁰. Sin embargo sí que se concretan en la norma otros requisitos que, con carácter obligatorio, deberá cumplir el inmigrante. Se tratan de los siguientes: a) Estar inscritos como demandantes de empleo en el Servicio Público de Empleo correspondiente. b) Hallarse en situación legal de desempleo como consecuencia de la extinción de la relación laboral por alguna de las causas previstas en el apartado. 1, art. 266 de la LGSS. c) Tener reconocido el derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo, sin compatibilizarlo con un trabajo a tiempo parcial. d) Asumir el compromiso de retornar a su país de origen y el de no retornar a España en el plazo de tres años para residir y/o realizar una actividad lucrativa o profesional por cuenta propia o ajena. e) No estar incurso en los supuestos de prohibición de salida del territorio nacional previstos en la legislación de extranjería. A estos efectos el Servicio Público de Empleo Estatal deberá recabar la oportuna información de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil que deberá proporcionarse de forma inmediata.

Los compromisos que ha de formalizar el trabajador inmigrante con el SPEE están basados en una lógica claramente contractualista¹⁰¹, en donde se imponen por ley fuertes límites para evitar que el extranjero regrese a España. Y no sólo eso sino que, además, si el inmigrante decide retornar voluntariamente¹⁰², implícitamente, se entenderá que está renunciando a la posibilidad de recibir la ayuda económica del subsidio por desempleo (art. 4.3.b) RD 1800/2008) y la renta mínima de inserción. Por lo que no se trata sólo de una renuncia al derecho, sino que la norma va más allá al sancionar al inmigrante con su desprotección desde el punto de vista de la Seguridad Social y del principio de libre circulación. De igual modo resulta bastante desacertada la posibilidad de acceder a otros mecanismos protectores de corte más asistencialista, como son los programas de rentas mínimas puestos en marcha en las distintas Comunidades Autónomas¹⁰³ o, incluso, las autorizaciones de residencia transcurridos 30 días naturales desde la fecha en la que se realice el primer pago (art. 6.1 RD 1800/2008)¹⁰⁴.

100. MALDONADO MOLINA, J.A.: «Pago anticipado del desempleo a los inmigrantes: ¿Fomento de empleo o del retorno?... *op. cit.*, p. 632.

101. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C Y PLAZA ANGULO, J.J.: «El desempleo en su modalidad de pago único como ayuda a nuevos emprendedores», *Temas Laborales*, n.º 95, 2008. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Los “renglones torcidos” de la política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante»... *op. cit.*, p. 7 en su versión digital.

102. VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las expulsiones colectivas de extranjeros: su tratamiento en el ordenamiento internacional y la jurisprudencia del TEDH», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 4 de abril, 2018, pp. 358-359.

103. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Los “renglones torcidos” de la política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante»... *op. cit.*, p. 7 en su versión digital.

104. «Transcurrido el período de tres años indicado, los trabajadores que hubieran tenido residencia temporal, acogidos a la modalidad de abono acumulado y anticipado de la prestación contributiva por desempleo, podrán solicitar de nuevo las autorizaciones administrativas para trabajar y residir en España, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente en materia de extranjería e

De acuerdo con el artículo único, apartado 4, del RD-Ley 4/2008 se entenderá que: a) el plazo de 30 días naturales para retornar al país de origen se contará a partir de la fecha de realización del primer pago en España de la prestación, pero para ello el extranjero deberá tener reconocido el derecho (40% del importe del subsidio) y b) el plazo de tres años de compromiso de no retorno a España empezará a contarse transcurridos 30 días naturales, a partir de la fecha del primer pago citado anteriormente.

Las condiciones y consecuencias del abono, anticipado y acumulada, en dos veces, del importe de la prestación contributiva por desempleo se regirá por lo establecido en el artículo único del Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre y por el apartado 1 del art. 3 Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre. Ahora bien, en lo no previsto expresamente por sendas leyes, se estará a lo dispuesto en el texto refundido de la LGSS. En particular, el abono acumulado y de forma anticipada del importe de la prestación contributiva por desempleo se realizará en dos plazos, con las siguientes cuantías (art. 4 RD 1800/2008, de 3 de noviembre): a) Un 40% se abonará en España, una vez reconocido el derecho y b) El 60% restante se abonará en el país de origen, una vez que haya transcurrido el plazo de 30 días naturales contados a partir de la realización del primer pago y en el plazo máximo de noventa días desde dicho primer pago. Para recibir este abono, el trabajador deberá comparecer personalmente en la representación diplomática o consular española en el país de origen para acreditar su retorno al mismo. En dicho momento deberá proceder a la entrega de la tarjeta de identidad de extranjero de la que es titular.

El SPEE procederá a realizar este pago a partir de que le sea comunicada¹⁰⁵ dicha comparecencia en la representación diplomática o consular por la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Resulta sorprendente que no se prevea aquí ningún

inmigración. De igual modo, los interesados ostentarán un derecho preferente para incorporarse al contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios que apruebe el Gobierno, siempre que acrediten los requisitos establecidos para ello en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, en el correspondiente Acuerdo del Consejo de Ministros y en las respectivas ofertas de empleo.

Los titulares de autorización de residencia temporal que sean beneficiarios del abono acumulado y anticipado de la prestación económica contributiva por desempleo, que regresen a España tras el cumplimiento de su compromiso de no retorno de acuerdo con lo previsto en el párrafo anterior, verán continuada su situación de residencia a los efectos del cálculo del plazo legal para obtener, en su caso, la residencia permanente, si bien no se computará en ese cálculo el período de ausencia.

Asimismo, los residentes permanentes beneficiarios de dicho abono acumulado y anticipado de la prestación contributiva por desempleo que regresen a España tras la finalización de su compromiso de no retorno recuperarán su condición de residentes permanentes mediante un procedimiento simplificado que se establecerá reglamentariamente».

105. Le corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal la recepción de solicitudes, tramitación, reconocimiento y pago de la prestación reconocida, así como la declaración de la extinción del derecho a dicha prestación por agotamiento del plazo de duración de la prestación. Ver la sentencia del TSJ de Castilla y León de 15 de noviembre de 1999.

mecanismo de control que garantice la inversión del capital al inicio de la actividad económica, pues el objetivo no es otro que el de asegurar el retorno.

Una vez producido el abono, la prestación contributiva por desempleo en la modalidad de pago acumulado y anticipado: 1) se considerará extinguida por agotamiento del plazo de duración de la prestación. 2) Tal y como se ha indicado más arriba, no se podrán acceder al resto de niveles de protección por desempleo (al haber agotado la prestación), incluido el subsidio establecido para los trabajadores mayores de 52 años (apartado 4 del artículo 274 LGSS). Y 3) no se podrá acceder a las prestaciones y subsidios por desempleo en un período de, al menos, tres años contado a partir de la fecha del compromiso de no retorno a España.

Finalmente, las obligaciones de los beneficiarios se concretan en dos importantes puntos. Primero, los solicitantes del abono anticipado y acumulado de la prestación contributiva por desempleo proporcionarán la documentación e información que se requiera para el reconocimiento y pago de la prestación, y de los beneficiarios cumplir los compromisos adquiridos y las condiciones establecidas para ser beneficiario de dicha modalidad de pago de la prestación contributiva por desempleo, así como reintegrar, en su caso, el importe de las prestaciones indebidamente percibidas. Segundo, los solicitantes procederán al reintegro de los importes indebidamente percibidos en los siguientes casos: a) Cuando se hubiera obtenido la prestación falseando los requisitos requeridos para su obtención; b) Cuando se hubiera revocado el derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo y c) Cuando se hubieran incumplido los compromisos adquiridos y las condiciones señaladas en el artículo único del RD-ley 4/2008, de 19 de septiembre y el RD 1800/2008, de 3 de noviembre.

Todas estas previsiones se entenderán, sin perjuicio de la aplicación, cuando proceda, del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) y de la LOEXIs.

La aplicación de esta medida «excepcional» aparece en un momento coyuntural de crisis económica. Sin embargo, a pesar del paso del tiempo, lo cierto es que se ha mantenido bajo un propósito «pretendidamente de protección y fomento del empleo», cuando lo cierto es que se busca el retorno del extranjero a toda costa. Pese a los objetivos, las estadísticas reflejan que son bastante escasas las solicitudes y ello es porque los extranjeros prefieren permanecer en España, sea cual sea su precio, en lugar de correr el riesgo en una sociedad sujeta a riesgos de desarraigo y exclusión. Empero no parece que ello sea un obstáculo, ya que lo que importa es que la medida sea efectiva en el sentido de que los que se marchen no retornen más a España¹⁰⁶.

Así lo confirma la actual Ley de Empleo de 2015 (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de

106. MALDONADO MOLINA, J.A.: «Pago anticipado del desempleo a los inmigrantes: ¿Fomento de empleo o del retorno?... *op. cit.*, p. 643.

Empleo) al indicar que, entre sus objetivos (artículo 2 letra g) —en consonancia con los que indica el artículo 18.h).4— se encuentran los siguientes: «coordinar la articulación del empleo con la dimensión del fenómeno migratorio interno y externo», para lo que lo cual el SPEE deberá centrar sus esfuerzo en poner en funcionamiento «Programas de intermediación y políticas activas de empleo cuyo objetivo sea la integración laboral de trabajadores migrantes realizados en sus países de origen, facilitando la ordenación de los flujos migratorios».

Sin lugar a dudas, no puede afirmarse que se cumpla con el marco general de protección por desempleo en España y de fomento de las políticas de inserción social de inmigrantes¹⁰⁷. Y es que, en el peor de los casos, cuando el inmigrante no retornado agote todos los niveles de protección por desempleo acabará refugiándose en nichos de actividad subalterna, lo que contribuye al mantenimiento de la precariedad laboral y la economía sumergida. Algo ya muy frecuente y característico en este colectivo. La problemática que suscita esta situación nos hace plantear, desde el punto de vista de la finalidad misma del derecho social, múltiples dudas. Y es que, lamentablemente brilla aquí por su ausencia la misma noción de trabajo decente que tanto se reivindica en el ámbito internacional y comunitario, de ahí que no se pueda adoptar una actitud pasiva e indiferente a esta realidad que se vive.

Todo ello se traduce en un empobrecimiento del Estado de Bienestar social debido a que las inmigrantes, primordialmente en situación irregular, vienen satisfaciendo unas necesidades sociales no atendidas por el Estado, ni tampoco por los nacionales. En efecto, el factor étnico está obstaculizando cada vez la integración laboral de estas personas, al tiempo que las convierte en ciudadanos de segunda clase (e incluso, tercera clase) y, por tanto, carentes de derechos fundamentales.

2.2.2. La radical exclusión de los trabajadores inmigrantes irregulares de la protección por desempleo: un antes y un después

El grado de protección social de los inmigrantes en España constituye un tema muy conflictivo, ya que de una lado se defiende la necesidad de fomentar la plena inclusión social de estos ciudadanos de terceros países en igualdad de condiciones a los nacionales (interpretación amplia del artículo 13 de la CE)¹⁰⁸, pero de otra subsiste esa idea de control policial de los constantes flujos de entrada de extranjeros y de reparto equitativo poblacional en el entorno de la UE.

Se trata éste de un tema baladí que trae su base en las imprecisiones del artículo 13 de la CE, por el que se supedita la consecución de un estatuto jurí-

107. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales... op. cit.*, pp. 111-128.

108. MARTÍNEZ-ABASCAL, V.A.: «Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a N. (Coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008.

dico de igualdad (entre extranjeros y nacionales) en base a lo dispuesto por los «tratados y la ley». Podría decirse que no es ésta una cuestión que afronte directamente y claramente el artículo 13 de la CE, sino que lo deja en manos del legislador nacional, comunitario e internacional¹⁰⁹. De ahí esa disparidad en torno al concepto de ciudadanía inclusiva¹¹⁰.

Ciertamente, el artículo 13 de la Carta Magna adolece de un cierto grado de imprecisión que propicia diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales. Para una buena parte de la doctrina científica, esa falta de concreción implica una clara desconstitucionalización de los derechos fundamentales de los extranjeros, por la dependencia de la correspondiente titularidad a lo dispuesto en la Ley o tratados que se acuerden¹¹¹. En sentido contrario, el Tribunal Constitucional ofrece una interpretación amplia de este artículo 13 de la CE que supone que los extranjeros podrán ser titulares de todo el elenco de derechos reconocidos en el Título I de la CE. Dependiendo del grado de protección que el legislador, en cada momento conceda, el ejercicio de los mismos se reconocerá con mayor o menor grado de equiparación en relación a los españoles y, por supuesto, dentro siempre del debido respeto de los límites que se establecen por el artículo 10 CE. Por todo ello, no cabe interpretar aisladamente el artículo 13 de la CE¹¹².

En materia de inmigración se dio un paso importante con la aprobación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros en España¹¹³. Normativa que fue aprobada a la víspera del ingreso de España en

109. «La aprobación de la Constitución, en diciembre de 1978, significó un cambio decisivo para los ciudadanos, pero también tuvo influencia directa en la regulación de la inmigración, aunque no se observó de manera tan clara e inmediata. De hecho, en 1978 aún pesaba mucho más la preocupación por la emigración de los españoles en Europa que por la casi inapreciable inmigración que llegaba a España, a menudo de paso para el resto de Europa. Es muy significativo que la Constitución dedique un precepto específico, el artículo 42, a los emigrantes encomendando al Estado velar por los derechos de los trabajadores españoles en el extranjero y promover su retorno, y en cambio no dijera nada de la inmigración, limitándose a fijar las reglas generales de la extranjería». Ver AJA, E.: «Capítulo 1. La evolución normativa sobre la inmigración», en VV.AA., AJA, E Y ARANGO, J. (Coords.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2005)*, Madrid, Anuario de Inmigración en España, 2005, pp. 6 y siguientes.

110. MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: «Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N. (Dirs.), *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 209-210.

111. MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: «Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes»... *op. cit.* MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «El modelo de protección jurídico- legal del trabajador extranjero. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. (DIR.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Coords.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares, 2010, p. 2.

112. AMAADACHOU KADDUR, F.: «La prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho pero no de derecho?», *Temas Laborales*, n.º 110, 2011, p. 218.

113. BOE núm. 158 de 3 de julio de 1985.

la Comunidad Económica Europea¹¹⁴ (hoy Unión Europea). De la lectura del Preámbulo de esta ley se destaca esa preocupación del legislador «... por reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles, y para el que se establecen las mayores garantías jurídica»¹¹⁵. Por el contrario, la doctrina ha calificado a ésta como una ley inflexible y rígida, principalmente por su inclinación hacia el control del fenómeno migratorio en un contexto coyuntural de inmigración masiva. Y es que, aunque claramente se sistematizaba ahora y elevaba a rango legal toda la dispersa normativa existente en esta materia, lo cierto es que con la LO 7/1985 la nación española da cuenta del radical cambio que en sus políticas migratorias opera. Mostrándose así, frente a algunos países (como Alemania y Francia)¹¹⁶, como un Estado que ofrece seguridad en el marco del colectivo comunitario y que ejecuta fuertes controles de entrada en materia inmigración. De ahí que a fin de frenar la inmigración se opte, en numerosos preceptos, por la restricción en materia de derechos humanos y derechos fundamentales¹¹⁷. Algo realmente inconcebible en una sociedad avanzada, como es la presente.

Así, por ejemplo, destaca de esta derogada ley de extranjería de 1985 el rígido control de las entradas de inmigrantes. Se dice que debían ser siempre previa obtención del visado de trabajo en el país de origen y del permiso de trabajo al llegar a España. Cuando no se cumplieran con estos requisitos, la Ley imponía fuertes sanciones que con gran discrecionalidad se cebaban con los inmigrantes en situación de irregularidad. Tales medidas sancionadoras consistían en: la detención y privación de libertad del inmigrante irregular (en centros de internamiento, hasta un máximo de 40 días) para, posteriormente, asegurar la expulsión del mismo, lo que chocaba bastante con aquel plazo máximo de 72 horas de detención que se aplicaba a los nacionales.

Las condiciones para residir y trabajar legalmente en España venían recogidas en el artículo 15.1 de la LO 7/1985, en donde se decía que: «... para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que

114. A fecha de 1 de enero del año 1986.

115. Cabe señalar, en sintonía con los artículos 10 y 13 de la CE, que el artículo 4 de la LO 7/1985 igualmente señala la idea de que los extranjeros tienen los derechos del Título I CE, en los términos establecidos en la misma ley y las demás que los desarrollasen. Sin embargo, no contiene este precepto ninguna alusión a lo que podrían ser derechos exigidos por la dignidad humana (vida e integridad, libertad ideológica, tutela judicial, etc.), que se daban por supuestos, y se regulaban sólo los derechos que presentaban limitaciones respecto a los españoles: la libertad de circulación por el territorio español, el derecho de reunión, el derecho de asociación, el derecho de educación y el derecho de sindicación.

116. En dichos países la inmigración se había cerrado drásticamente a partir de la crisis del petróleo de 1973.

117. MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «El modelo de protección jurídico- legal del trabajador extranjero. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre»... *op. cit.*

expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que tendrá una duración máxima de cinco años». Ello suponía que el trabajador extranjero recibiría en su país un contrato de trabajo enviado por un empresario español, lo que en la práctica resultaba imposible debido a que en aquellos momentos no existían relaciones suficientes para que los empresarios entraran en contacto con los trabajadores extranjeros. Por lo que, al término, éstos acababan entrando ilegalmente en España para desarrollar una actividad profesional bajo el manto de la economía sumergida¹¹⁸. A fin de controlar esta situación, el artículo 71.2 del Real Decreto 155/1996, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985 prohibía lo siguiente: «Ningún empresario podrá contratar a un extranjero que no está autorizado para trabajar en España, salvo que haya sido exceptuado de la obligación de preverse de permiso de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley Orgánica 7/1985».

El objetivo de sendas normas era distinguir entre inmigración irregular e regular, pero sin promocionar esta última. De ahí que, los primeros pronunciamientos judiciales caminaran en pro de la declaración de nulidad del contrato de trabajo cuando se daban circunstancias de irregularidad (a saber: la falta de capacidad del trabajador extranjero en situación administrativa irregular para prestar válidamente su consentimiento¹¹⁹) o se incumplían normas imperativas o de orden público¹²⁰. A sensu contrario, en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia se partía de una visión más garantista e inclusiva del extranjero en situación irregular al admitir que el despido sea calificado como de improcedente, teniendo derecho el trabajador a recibir la correspondiente indemnización por despido. En este caso, si el inmigrante cumplía con el tiempo preciso para el acceso a la prestación por desempleo, 360 días, podía acceder a la protección social de nivel contributivo¹²¹. Y, no sólo, sino que para evitar el enriquecimiento injusto por parte del empresario se recurría al artículo 9.2 ET, de modo que el trabajador podía exigir, a cambio de los servicios prestados, la remuneración consiguiente a un contrato válido¹²².

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 107/1984 (de 23 de noviembre y con número de recurso 576/1983), abordó la compleja cuestión de

118. En el mejor de los casos, accedía en calidad de turistas.

119. Véase la sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1986.

120. En este sentido, resulta llamativa la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1997. AMAADACHOU KADDUR, F.: «La prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho pero no de derecho?... *op. cit.*, 219.

121. Véase las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 9 de Marzo de 2006 (número de recurso 166/2006), País Vasco de 13 de febrero de 2007 y Cataluña de 4 de marzo de 2008.

Para un conocimiento más exhaustivo, OLARTE ENCABO, S.: «Extranjeros sin permiso de trabajo. Responsabilidad empresarial en orden a prestaciones por contingencias comunes. Especial referencia al desempleo», *Actualidad Laboral*, n.º 13, 2006, pp. 1586-1601.

122. En esta línea, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 5 de abril de 2005, País Vasco de 13 de Febrero de 2007.

la inmigración a partir del estudio del artículo 13 de la CE. Así pues, aclara el Tribunal Constitucional que el hecho de exigir autorización de residencia para celebrar un contrato de trabajo válidamente no es contrario a la Constitución Española, ya que el hecho de que no haya una igualdad en cuanto al acceso al mercado de trabajo entre los nacionales y los extranjeros no significa que sea contrario a la Norma Madre¹²³. En otras palabras, los derechos fundamentales de los extranjeros tienen carácter y garantía constitucional, pero son de configuración legal. Es por ello que el principio de igualdad no opere directamente entre españoles y extranjeros, salvo en aquellos derechos en los que la ley proporcione igual situación al inmigrante que al español¹²⁴.

Durante esta primera etapa, la doctrina y orientaciones de la doctrina Constitucional propiciaron el reconocimiento de la protección por desempleo en base a una supuesta «alta presunta» o de «pleno derecho». Y es que aunque el empresario haya incumplido con sus obligaciones y haya expirado el permiso de residencia del inmigrante¹²⁵, «los trabajadores comprendidos en este campo de aplicación se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de las contingencias por accidente de trabajo, enfermedad profesional y acceso al desempleo»¹²⁶.

A este respecto, resultan llamativas dos sentencias del Tribunal Supremo, a saber: la de 21 de diciembre de 1994 (número de recurso 1466/1994) y la de 25 de septiembre de 1999 (número de recurso: 787/1999). En sendas sentencias, el Tribunal Supremo mantiene una doctrina amplia y proclive a la protección social de los trabajadores inmigrantes al indicar que aunque un trabajador extranjero se encuentre en territorio español con permiso de residencia y con su permiso de trabajo expirado, lo que realmente le impide buscar y desempeñar otro trabajo es el permiso de trabajo. Por lo que, a fin de garantizar una inclusión del extranjero en España, resulta conveniente flexibilizar el requisito de la autorización administrativa, reconociendo así diferentes grados. De este modo, el Tribunal Supremo consolida el principio de igualdad de tratamiento entre nacionales y extranjeros extracomunitarios residentes en España, en materia de prestaciones por desempleo dentro del nivel contributivo¹²⁷.

123. DÍAZ AZNARTE, M.T.: «El trabajador extranjero en situación administrativa irregular», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. (DIR.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Coords.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares, 2010, p. 407.

124. AJA, E.: «Capítulo 1. La evolución normativa sobre la inmigración»... *op. cit.*, p. 8.

125. CHARRO BAENA, P.: «Derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero residente que carece de autorización de trabajo», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2009.

126. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Los “renglones torcidos” de la política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante»... *op. cit.*, p. 9 en su versión digital.

127. AMAADACHOU KADDUR, F.: «La prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho pero no de derecho?»... *op. cit.*, 220. VELA DÍAZ, R.: «La situación administrativa del trabajador/a extranjero y el derecho a la prestación por desempleo: visión desde una perspectiva de género», *VI Encuentro Internacional de Investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo*, Valencia, 14 y 15 de junio de 2012. http://idh.uv.es/migralaw/PDF/Raquel_Vela_Diaz.pdf

Empero, cabe tener en cuenta la Resolución de 11 de junio de 1996 que se dicta con motivo de la entrada en vigor de la LO 7/1985 y por la que se impuso, a las Direcciones Generales del INEM (Instituto Nacional de Empleo), de Trabajo y Migraciones, el acceso a las prestaciones por desempleo de los inmigrantes. En concreto se dispuso que los nacionales de países no pertenecientes a la Unión Europea, ni a Espacio Económico Europeo, pero que residieran legalmente en España podrían tener derecho a la protección por desempleo, tanto de nivel contributivo como asistencial, siempre que reunieran los requisitos legales exigidos por la normativa española y se inscribieran como demandantes de empleo¹²⁸.

A consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social¹²⁹ se modificó el artículo 7.1 de la LGSS de 1994¹³⁰, relativo a la «extensión del campo de aplicación», a fin de limitar el reconocimiento de las prestaciones contributivas únicamente¹³¹ a «... los españoles que residen en España y los extranjeros que residen o se encuentren legalmente en España, siempre que...» ejerzan su actividad en el territorio nacional y se encuentren incluidos en algunos de los apartados que se relacionan en el citado artículo. Ello implica dos importantes cambios¹³². De un lado, para el acceso a las prestaciones contributivas se prescinde del criterio de nacionalidad y, de otro, para las prestaciones no contributivas la protección variará dependiendo de la nacionalidad¹³³. Cabe señalar que, tal previsión, se mantiene inalterada actualmente en la redacción de la LGSS de 2015.

La publicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero¹³⁴, supuso un giro radical con respecto al anterior camino de desnaturalización y limitación de derechos fundamentales que operaba por obra de la LO 7/1985. Gracias a la LOEXI se crea un estatuto claro de derechos para los extranjeros que viene a superar los problemas de la situación normativa previa. Para ello la LOEXI articula su contenido en coherencia absoluta con la jurisprudencia constitucional y con la normativa de derecho comparado, al buscar la igualdad entre derechos de los residentes legales y de los nacionales. Se apuesta por la ampliación del elenco

128. RUBIO DE MEDINA, M.D.: «Inmigración irregular y protección social en los accidentes de trabajo y en la prestación por desempleo», en VV.AA., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2009, p. 73.

129. BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1997.

130. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social.

131. Véase artículo 44 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

132. RUBIO DE MEDINA, M.D.: «Inmigración irregular y protección social en los accidentes de trabajo y en la prestación por desempleo»... *op. cit.*, pp. 73 y 74.

133. Se incluyen, en este colectivo, a los españoles residentes en territorio nacional, los hispanoamericanos, los portugueses, brasileños, andorranos y filipinos residentes en territorio nacional. Respecto a los nacionales de los demás países habrá de acudirse a los instrumentos ratificados, suscritos o aprobados al efectos, o la reciprocidad tácita o expresamente reconocida.

134. Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

de derechos fundamentales de los extranjeros como instrumento de liberalización social y de adaptación a las necesidades que demanda el mercado de trabajo. En particular, se buscaba el incremento de la mano de obra en sectores de actividad poco visible y característicos del trabajo precario, tales como: la agricultura¹³⁵, el hogar familiar, la construcción y el sector servicios (en general).

En esta misma línea de integración se pronuncia el Plan GRECO (Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la inmigración en España), en donde se erigen como objetivos principales los siguientes: «... serán pues titulares (se refiriéndose a los inmigrantes) de derechos fundamentales como personas y titulares de derechos sociales de configuración legal, como nuevos ciudadanos o nuevos vecinos de nuestras ciudades y pueblos» o «el catálogo de derechos y obligaciones que los españoles nos hemos concedido en la Constitución y en nuestras leyes es el que ha de beneficiarse a todas las personas y a sus familias cuando vienen a convivir entre nosotros como residentes y constituir así su mejor marco de integración».

De igual modo, la anterior Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo reconoció (por primera vez) como uno de sus objetivos básicos el de «asegurar políticas adecuadas de integración laboral... (artículo 2 d) de personas en situación o riesgo de exclusión social...». Más en concreto, el artículo 26 de la Ley de Empleo de 2003 se refiere expresamente a los inmigrantes. Hoy día el artículo 30.1 del vigente Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo se refiere, en términos amplios, al fomento del empleo de inmigrantes con respecto a la legislación de extranjería u otros instrumentos que se puedan determinar en el marco del Sistema Nacional de Empleo (SNE).

En relación a los inmigrantes en situación irregular, aunque en un plano secundario, se busca garantizar el acceso a los derechos sociales fundamentales que tienen todas las personas por el hecho de serlo, por otro lado no podrán éstos suponer un obstáculo a la capacidad estatal. Por lo que, se deja en manos del Estado la posibilidad de imponer límites a la permanencia y residencia de inmigrantes cuando su situación no sea legal en España. Se abre nuevamente así una brecha de tratamiento diferenciado jurídico-legal entre personas que, dependerá de su condición administrativa, manteniéndose en ese sentido el espíritu de las reformas y leyes anteriores¹³⁶. Implícitamente la Ley trata de evitar y de eliminar, en la medida de lo posible, la inmigración irregular para lo cual vincula las necesidades de nuestro mercado de trabajo a la lucha contra la inmigración irregular, reforzando así los controles, agravando el régimen sancionador y

135. AMAADACHOU KADDUR, F.: «La prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho pero no de derecho?»... *op. cit.*, 220.

136. MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «El modelo de protección jurídico-legal del trabajador extranjero. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre»... *op. cit.* p. 66. VELA DÍAZ, R.: «La situación administrativa del trabajador/a extranjero y el derecho a la prestación por desempleo: visión desde una perspectiva de género»... *op. cit.*, p. 2.

facilitando la expulsión de los extranjeros en situación administrativa irregular¹³⁷.

Con la LOEXIs se pone fin al debate jurisprudencia que había propiciado el requisito de nacionalidad¹³⁸, al indicar que: «Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero» (artículo 33.3 de la LO 4/2000). Con posterioridad, el artículo 36.3 —tras la reforma operada en virtud de la LO 8/2000— quedó redactado del siguiente modo: «... La carencia de la correspondiente autorización por parte del trabajador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero».

En consecuencia, una vez superado el criterio de nacionalidad y admitido como válido el contrato celebrado con el inmigrante irregular, cabe concederle el derecho de acceso a las prestaciones por desempleo en su nivel no contributivo¹³⁹ y conforme a la doctrina de algunos Tribunales Superiores de Justicia¹⁴⁰. En particular los argumentos a favor del reconocimiento del subsidio se basan en lo siguiente: a) el contrato de trabajo no es nulo y de él puede derivar el derecho de los extranjeros en situación irregular a la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social a las que pudiera tener derecho; b) dado que la Ley no matiza, no podrá deducirse «in peius» una exclusión al acceso de los extranjeros a determinadas prestaciones y, finalmente, c) no puede recaer sobre el trabajador las consecuencias del incumplimiento empresarial de solicitar y obtener la autorización de trabajo. De no ser así se estaría fomentando indirectamente el empleo de trabajadores extranjeros irregulares cuya contratación tendría un coste inferior, en comparación, a la de los trabajadores nacionales también sin afiliación y/o alta (eludiendo así su responsabilidad en el abono de las prestaciones)¹⁴¹.

137. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La nueva legislación de extranjería e inmigración», *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n.º 10, 2010, pp. 107-124.

138. No obstante, la doctrina de algunos Tribunales Superiores de Justicia se mantuvo contraria a esta tesis mayoritaria al considerar que el contrato de trabajo que vinculaba al extranjero irregular con el empleador es nulo de pleno derecho.

139. Para un conocimiento más exhaustivo, ver DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Granada, Comares, 2008.

140. Véase las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 9 de Marzo de 2006 (número de recurso 166/2006), País Vasco de 13 de febrero de 2007 y Cataluña de 4 de marzo de 2008.

141. En este sentido, señala la doctrina científica lo siguiente: «Aunque en sentido restrictivo, los derechos a los que alude el artículo anterior se habrían de limitar al resarcimiento de los salarios pendientes y, en su caso, a la correspondiente indemnización por despido, no incluyendo la prestación por desempleo. En un plano teórico, sin embargo, al admitir este artículo de facto la circunstancia de que un extranjero no autorizado para trabajar pudiera ser empleado en España abría

Con la redacción de la LO 14/2003 (y el desarrollo reglamentario introducido por RD 1041/2005) al artículo 36.3 de la LOEXIs se plantea una interpretación más restrictiva respecto al derecho a percibir determinadas prestaciones cuando el trabajador había realizado actividades laborales por cuenta ajena, sin disponer de la correspondiente autorización de residencia y trabajo en España. De forma que, con esta nueva referencia, se desvinculaba el contenido del artículo 36.3 de la LOEXIs del acceso a la Seguridad Social contributiva y asistencial que regulan los artículos 10 y 14 de la LOEXs, al indicarse que: «... la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario..., no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle». Este lenguaje tan impreciso de la norma ha venido generando distintas opiniones doctrinales por cuanto que se desconoce si el trabajador inmigrante en situación irregular tenía derecho a percibir prestaciones derivadas tanto de contingencias comunes, como profesionales o si sólo tenía derecho a percibir aquellas derivadas de contingencias profesionales o, si por el contrario, no tenía derecho a percibir prestación alguna¹⁴².

Para las contingencias de origen profesionales, el Convenio n.º 19 de la OIT de 1925, sobre igualdad de trato a extranjeros en materia de indemnizaciones por accidente de trabajo indica, en el caso de las víctimas de accidentes laborales ocurridos en España o sus derechohabientes, que habrán de recibir el mismo trato dispensado que a los propios nacionales en orden a la reparación de sus efectos, sin exigir ningún requisito en cuanto a la residencia (artículo 1.2 del Convenio). Por su parte, la Recomendación n.º 151 de la OIT de 1975 sobre trabajadores migrantes señala, en su artículo 8.3, lo siguiente: «... los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse, deberán de disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social...». De conformidad con esta argumentación, los Tribunales españoles extienden el derecho de los trabajadores inmigrantes en situación irregular a las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedades profesionales.

Resulta necesario destacar el pronunciamiento del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de junio de 2003 (número de recurso 4217/2002). El Alto Tribunal reconoce el derecho de un ciudadano de nacionalidad colombiana, que trabaja-

la posibilidad de que pudieran ser beneficiarios de la protección por desempleo». Ver TOBES PORTILLO, P Y ANGOITIA GRIJALBA, M: «La protección por desempleo de los inmigrantes en España»... *op. cit.*, p.42. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: «Los “renglones torcidos” de la política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante»... , *op. cit.*, p. 10 en su versión digital.

142. TOBES PORTILLO, P Y ANGOITIA GRIJALBA, M.: «La protección por desempleo de los inmigrantes en España»... *op. cit.*, pp. 42 y 43. GARCÍA VIÑAS, J.: «Capítulo IV. La denegación del desempleo al trabajador extranjero sin permiso de residencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 2008», en VV.AA., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 83-87.

ba en España sin el correspondiente permiso de trabajo, al acceso a una incapacidad permanente absoluta. En concreto, el trabajador había sufrido un accidente de trabajo conduciendo el vehículo de la propia empresa. A raíz de dicho incidente, el extranjero solicita recibir asistencia sanitaria, así como las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo a cargo de la empresa¹⁴³. Ambas prestaciones le fueron reconocidas por el Supremo al entender: 1) que la carencia de la autorización previa para trabajar no invalida el contrato de trabajo, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades empresariales que se deriven; 2) se declara la obligación empresarial de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos; y 3) en base al principio de automaticidad de las prestaciones, «los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones (...)»¹⁴⁴.

En esta misma línea, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003 (número de recurso 2153/2002). Ésta declara que: «el contrato de trabajo del extranjero no autorizado —de nacionalidad colombiana— no es, en la actual legislación un contrato nulo. Y, siendo ello así no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900». Ambas sentencias evidencian una tendencia progresiva a la protección social de los trabajadores inmigrantes, que resulta acorde en el marco de Estado Social y de Derecho que diseña el artículo 41 de la Carta Magna. Por todo ello, aun cuando el extranjero no cuente con los preceptivos permisos legales, si ha prestado una actividad por cuenta ajena en España se considera que ha de quedar incluido en el campo de aplicación del sistema de protección social a los efectos de las contingencias por accidente de trabajo. Sin embargo, en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003 cabe tener presente una dificultad. Y es que, mientras que en segundo caso (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003) opera una equiparación con los españoles, al tratarse de un trabajador hispanoamericano cuyo país de origen ratificó el Convenio núm. 19 de la OIT, por el contrario, Ecuador no ha ratificado dicho Convenio (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2003)¹⁴⁵. Para el Tribunal Supremo esta circunstancia no

143. Para un estudio más completo véase VV.AA., IZQUIERDO ESCRIBANO, A (Coord.), *El modelo de inmigración y los riesgos de exclusión*, Madrid, Fundación Foessa, 2008, pp. 108 y siguientes.

144. Véase el artículo 125.3 LGSS (95.3 del texto de 1974). El actual artículo 281 de la LGSS indica que: «La entidad gestora competente pagará las prestaciones por desempleo en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y de cotización, sin perjuicio de las acciones que pueda adoptar contra la empresa infractora y la responsabilidad que corresponda a esta por las prestaciones abonadas».

145. En esta misma dirección, véase las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2003 (número de recurso 3003/2002).

va a suponer impedimento a la hora de reconocer las prestaciones de Seguridad Social en base a los arts. 36.3 y 57.5.d)¹⁶ de la LO 4/2000, junto con el art. 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966, pues «la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional» y, por último, el art. 2 del Convenio Adicional al de Seguridad Social Hispano Ecuatoriano de 1 de abril de 1960¹⁴⁶ dispone que: «... que los trabajadores españoles en Ecuador y los trabajadores ecuatorianos en España estarán sujetos a las legislaciones sobre Seguridad Social aplicables en los respectivos países y se beneficiarán de las mismas, así como sus familiares y derechohabientes, en iguales condiciones que los nacionales de cada uno de los países».

Esta previsión proteccionista a efectos de Seguridad Social del extranjero pronto se vio cercenada, ya que con la publicación de la Ley Orgánica 14/2003 se vuelve a modificar la LOEXIs. Considera ahora el legislador que los cambios introducidos con la LO 8/2000 no fueron suficientes, por lo que avala la necesidad de operar más cambios. En concreto: se ha de mejorar la gestión mediante la simplificación de los administrativos y del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España; así como de los instrumentos sancionadores previstos en la Ley 4/2000. Incorporando, de este modo, las disposiciones aprobadas por la Unión Europea¹⁴⁷. Principalmente, quedaron afectados con la Ley 8/2000 todos los temas referentes a visados, residencia y contrato de trabajo. Se consideraba efectiva esta reforma en cuanto a las repercusiones que pudiera tener sobre el trabajador inmigrante carente de la autorización administrativa necesaria para desempeñar una actividad laboral. Por lo que, de un lado, se infiere ahora en la autorización de contratación al trabajador extranjero, desapareciendo el término de «extranjero no autorizado para trabajar» pero, de otro, se ratifica el carácter previo de la autorización administrativa correspondiente para trabajar. En cualquier caso, la: «... carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle» (artículo 36.3 de

146. Ratificado por España, BOE núm. 180/1975, de 28 de julio 1975.

147. Además, el legislador añade una justificación más y es que entiende que se ha de reajustar los contenidos de la ley a la sentencia del Tribunal Supremo del 20 de marzo de 2003 (número de recurso 488/2003). En concreto, a través de esta sentencia se modifica el artículo 17.2 de la LOEXIs y se clarifica la reagrupación familiar, asociándola en todo caso a la solvencia económica y al trabajo. De modo que se evita la reagrupación en cadena de los ascendientes dependientes reagrupados, quienes, excepcionalmente, podrán a su vez reagruparse cuando tengan un permiso de residencia permanente y acrediten solvencia económica, junto con una autorización para trabajar. El artículo 19 establece que el cónyuge y los hijos reagrupados sólo podrán obtener autorización de residencia independiente cuando obtengan autorización para trabajar. Pero como la dependencia administrativa de los reagrupados se puede aprovechar para perpetuar situaciones de maltrato doméstico, explotación o abusos por parte de los reagrupantes, es imprescindible prever un mecanismo de acceso a documentación independiente de las personas.

la LO 14/2003). En definitiva, aunque se incrementan los requisitos de control para la obtención de los permisos de trabajo y residencia¹⁴⁸, buscando así erradicar la inmigración irregular, lo cierto es que, por otro lado se ampara, «en principio» y a efectos de Seguridad Social a todos aquellos extranjeros que desempeñen una actividad profesional en España y que no cumplan con los requisitos legales.

Las dudas interpretativas en torno a si los inmigrantes irregulares tienen o no derecho de acceso a las prestaciones por desempleo queda resuelta por la LGSS de 1994. De conformidad con el artículo 207 a) de la LGSS de 1994, por el que se regulan los requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones incluidas en el nivel contributivo, se establece que: «Para tener derecho a las prestaciones por desempleo las personas comprendidas en el artículo 205 deberán reunir los requisitos siguientes: a) Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que reglamentariamente se determinen. b) Tener cubierto el período mínimo de cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 210 de la presente Ley, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar. c) Encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad, al que se refiere el artículo 231 de esta Ley. (...)».

Una parte de la doctrina interpreta que la capacidad de trabajar a la que hace referencia la LGSS de 1994 debe entenderse referido exclusivamente a la capacidad jurídica por edad o por aptitudes físicas o psíquicas para el trabajo y no a la situación legal o ilegal del trabajador¹⁴⁹. Sin embargo, la mayoría de la doctrina científica¹⁵⁰ se inclina por pensar que el precepto está excluyendo a los

148. Se precisa, en todos los casos, que para la obtención de los permisos correspondientes, constituye un requisito inexcusable que los trabajadores no se encuentren irregularmente en territorio español. Véase el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

149. TOBES PORTILLO, P Y ANGOITIA GRIJALBA, M.: «La protección por desempleo de los inmigrantes en España»... *op. cit.*, pp. 42 y 43. GARCÍA VIÑAS, J.: «Capítulo IV. La denegación del desempleo al trabajador extranjero sin permiso de residencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 2008»... *op. cit.*, pp. 83-87.

150. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes»... *op. cit.* CHARRO BAENA, P.: «El derecho a la Seguridad Social de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional»... *op. cit.* DE LA CASA QUESADA, S.: *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*... *op. cit.* RUBIO DE MEDINA, M.D.: «Inmigración irregular y protección social en los accidentes de trabajo y en la prestación por desempleo»... *op. cit.*, p. 81. AMAADACHOU KADDUR, F.: «La prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho pero no de derecho?»... *op. cit.*, p. 225.

inmigrantes irregulares, pues difícilmente estos requisitos pueden ser cumplidos por un trabajador en situación irregular administrativa en España¹⁵¹.

Finalmente, el Tribunal Supremo en las emblemáticas sentencias de 18 de marzo de 2008 (número de recurso 800/2007) y de 12 de noviembre de 2008 (número de recurso 3117/2007) se pronuncia con respecto a la posibilidad o no de acceso a la prestación por desempleo de los inmigrantes irregulares¹⁵². Queda confirmado y unificado, con estas sentencias, el criterio interpretativo restrictivo según el cual todas las prestaciones del Sistema de Seguridad Social no son extensibles a los extranjeros que residen y trabajan en situación irregular¹⁵³, pese a que el contrato pueda considerarse válido. Concretamente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008 se indica¹⁵⁴, tras un completísimo repaso a las vicisitudes de la legislación de extranjería y a los pronunciamientos judiciales precedentes, que la solución judicial que hasta ahora había justificado la extensión de la protección por accidente de trabajo a los inmigrantes irregulares no resulta ya de aplicación (se refiere a las medida que en los Convenios 19 de la OIT, sobre igualdad de trato en materia de accidentes de trabajo, de 1925, y 97, sobre los trabajadores migrantes, de 1949, así como la Recomendación 151, sobre los trabajadores migrantes de 1975). El Supremo basa su razonamiento en un triple motivo¹⁵⁵: 1) el Convenio número 19 de la OIT no se refiere a desempleo (y, por extensión, tampoco el resto de normas de la OIT); 2) el Convenio n.º 97 de la OIT sólo se aplican a los extranjeros en situación regular; pero además 3) cabe recordar que tanto los Convenios, como la Recomendación 151 de la OIT no son vinculantes.

Conforme a esta doctrina, los inmigrantes que estén en situación irregular en España: no tienen derecho a cobrar la prestación por desempleo, aunque hayan trabajado por cuenta ajena. Y es que al carecer el extranjero de la condición de residente legal, a juicio del Tribunal Supremo, no puede cumplirse con las exigencias que fijan las leyes para la obtención y disfrute de la prestación por

151. Cabe tener presente que en la protección por desempleo, en su nivel contributivo, entre otros requisitos, se exige en su devengo un período mínimo de cotización a la Seguridad Social, requisito que sólo puede cumplirse en el caso de que el trabajador extranjero se encuentre en España en situación regular. Aparte, uno de los requisitos inexcusables para la obtención del correspondiente permiso de trabajo es que el trabajador extranjero no se encuentre en situación irregular en España.

152. Véase SEMPERE NAVARRO, A.V.: «El trabajo de los extranjeros en la jurisprudencia», *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n.º 17, 2014, pp. 25-28.

153. MONEREO PÉREZ, J.L. y VILA TIerno, F.: «La (des)protección social del trabajador extranjero en situación irregular. La incidencia de las autorizaciones administrativas previas respecto al reconocimiento de la prestación por desempleo»... *op. cit.*, p. 1082.

154. Véase GIRÁLDEZ MÉNDEZ, R.: «El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros en situación irregular. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008», *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 18, n.º 2, 2009, pp. 241-258.

155. RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: «Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de Seguridad Social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional»... *op. cit.*

desempleo¹⁵⁶, las cuales se concretan en la aptitud y voluntad para obtener una colocación. En cambio, cuando el extranjero no dispone de la autorización de residencia, el art. 36.3 LOEXIs sólo permitiría acceder a los servicios y prestaciones sociales de carácter básico (artículo 14.3 de la LOEXIs), entre los que se encuentran la asistencia sanitaria y la asistencia social, ambas competencia de las Comunidades Autónomas.

Aunque la LOEXIs tiene por finalidad fomentar la integración de los extranjeros en España, el Tribunal Supremo sienta ahora una doctrina poco favorable a la protección social de los inmigrantes irregulares en España al afirmar¹⁵⁷: a) en primer lugar, que el reconocimiento de la protección por desempleo al extranjero en situación irregular en España supondría, entre otras cosas, no sólo ampliar la cobertura a todas las prestaciones de la Seguridad Social, sino también y, como consecuencia de ello, «quitar incentivos al ciudadano que acude a los complejos trámites administrativos para conseguir una autorización de residencia y trabajo»; y, b) en segundo lugar, la concesión de la prestación por desempleo a los extranjeros sin papeles «implicaría la creación judicial de una especie de regularización, encubierta y en espiral, porque, de acuerdo con la Ley de Extranjería, no podrían ser expulsados mientras recibiesen esta prestación».

Esta última doctrina del Tribunal Supremo (y que recogen las sentencias de 12 de marzo y 18 de noviembre de 2018) ha causado un gran impacto en el sistema de políticas migratorias. De ahí que en el año 2009 haya entrado en vigor una nueva regulación en materia de extranjería. Se trata de la reforma que a la LOEXIs opera a través de la LO 2/2009, de 11 de diciembre¹⁵⁸.

En el mismo Preámbulo de la LO 2/2009 se pone de manifiesto los constantes tiras y afloja que, en la regulación jurídica del fenómeno migratorio, ha tenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De ahí que, aras de aunar esfuerzos y mejorar la legislación vigente conforme a lo dispuesto por las Directivas Europeas y la realidad social, se modifica nuevamente la LOEXIs. Los objetivos principales que se persiguen son los siguientes: establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo, aumentar la eficacia contra la inmigración irregular... etcétera. Para ello, esta LO 2/2009 delimita y define el nuevo marco normativo regulador para todos los extranjeros en situación regular e irregular en España.

Al igual que con las anteriores modificaciones a la LOEXIs, se pretende fomentar la integración de la población inmigrante en la nación española, al tiem-

156. MONEREO PÉREZ, J.L. y VILA TIerno, F.: «La (des)protección social del trabajador extranjero en situación irregular. La incidencia de las autorizaciones administrativas previas respecto al reconocimiento de la prestación por desempleo»... *op. cit.*, pp. 1082-1083.

157. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes»... *op. cit.* p. 276.

158. BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2009.

po que se controlan ordenadamente los flujos de entrada y salida. El objetivo que tanto obsesiona al legislador, nuevamente, se centra en la lucha contra la inmigración ilegal. Para ello endurece los requisitos de acceso de los extranjeros al mercado laboral como solución a la situación de crisis económica, de forma que subordina las políticas migratorias a las de políticas de empleo¹⁵⁹. Olvidando esa condición de «ciudadanía inclusiva» que tanto aspira a lograrse a nivel europeo e internacional, al priorizar el cumplimiento de los requisitos administrativos para así determinar la regulación de derechos sociales fundamentales de los trabajadores extranjeros en España. De un modo muy contundente y específico, la LO 2/2009 reconoce a los trabajadores en situación irregular las prestaciones derivadas de los convenios internacionales compatibles con su situación administrativa (esto es, las generadas por contingencias profesionales) y niega expresamente las prestaciones por desempleo. En efecto, el controvertido precepto legal 36.5 de la LOEXIS (antes 36.3) así lo dispone en su nueva redacción: «La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero». Claramente, el legislador está dando un toque de atención a la doctrina judicial al afirmar, primero, que no cabe interpretación favorable al respecto y, segundo, que el disfrute de una prestación por parte del inmigrante irregular no modificará la situación administrativa de éste¹⁶⁰.

Por razones paradójicas y completamente opuestas al principio de igualdad de trato, esta misma teoría resulta de aplicación también a los trabajadores transfronterizos no comunitarios que, residiendo en zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen diariamente a su Estado de origen. A pesar de que estos trabajadores quedan encuadrados en la aplicación del principio *«lex*

159. CHARRO BAENA, P.: «Migrantes (I): Política de empleo y política de inmigración», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A Y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dirs. y Coords.), *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e Institucional*, Navarra, Aranzadi, 2016, pp. 675-679.

160. En esta línea, ver las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2017 (número de recurso 1153/2015) y de 19 de diciembre de 2017 (número de recurso 3664/2006). Indica expresamente este tribunal: «... que el hecho de que al tiempo de la situación legal de desempleo y de la solicitud de la prestación, el trabajador se halle ya en situación regular en nuestro país, no subsana la irregularidad de los trabajos desarrollados en el periodo anterior ni permite que sean computados como susceptibles de cotización, puesto que la regularización produce sus efectos, en lo que a esta materia se refiere, desde que tiene lugar y no posee eficacia retroactiva mientras no lo disponga la normativa de aplicación que, por lo que se ha visto, se orienta precisamente en sentido contrario».

loci laboris» y desarrollan una actividad profesional en la nación española, en la práctica se produce una exclusión legal del marco de aplicación del sistema de protección social (en concreto, el desempleo)¹⁶¹.

El artículo 43.1 de la LOEXIs (tras la reforma de la LO 2/2009), en conexión con el «Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales» que esboza el artículo 14.1 de este mismo texto legal —para los extranjeros (en general)—, es contundente al respecto al indicar: «1. Los trabajadores extranjeros que, residiendo en zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente deberán obtener la correspondiente autorización administrativa (para trabajar)...». En definitiva, los trabajadores transfronterizos podrán acceder a las prestaciones de Seguridad Social en igualdad de condiciones a los nacionales, empero «... si para obtener las prestaciones por desempleo, se exige la residencia en España también se debe exigir a los extranjeros transfronterizos, sin perjuicio de que esa residencia en España no se exigía para la percepción de otras prestaciones de Seguridad social, ni a españoles ni a extranjeros, como ocurre en otras prestaciones (sirva de paradigma las pensiones)»¹⁶².

No puede explicarse de manera lógica como desarrollando legalmente los trabajadores transfronterizos una actividad profesional en España, por el simple hecho de residir en otro Estado pierdan el derecho al acceso a la prestación por desempleo¹⁶³. En cualquier caso cabe recordar que esta relación laboral no les autoriza para residir en nuestro país, ya que lo hacen en el limítrofe (de origen) al que regresan diariamente. La autorización de trabajo de transfronteriza les habilita sólo para desempeñar una actividad profesional, por lo que en el momento en que extingue pierden la condición de trabajador transfronterizo, siendo inherente e indisoluble a la misma. Sólo se admite su prorrogación mientras subsista la misma relación laboral y se mantenga esa condición. Por lo que aunque hayan sido titulares de una autorización de trabajo por cuenta ajena transfronteriza, el extranjero no genera derecho alguno para la obtención de una autorización de residencia¹⁶⁴.

161. BURGOS GOYÉ, M^a.C.: «La falacia del derecho a la prestación por la contingencia de desempleo de los trabajadores transfronterizos no comunitarios extranjeros en España», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 44, 2017, pp. 1 a 9 en su versión digital.

162. BURGOS GOYÉ, M^a.C.: «La falacia del derecho a la prestación por la contingencia de desempleo de los trabajadores transfronterizos no comunitarios extranjeros en España»... *op. cit.*, p. 6 en su versión digital.

163. MÁRQUEZ PRIETO, A.: «La problemática extensión de las prestaciones españolas no contributivas a los ciudadanos del Magreb», en VV.AA., *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas: IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 1999.

164. BURGOS GOYÉ, M^a.C.: «Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Dirs.), *Comentario Sistemático al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social* (LO 4/2000 y RD 557/2011), Granada, Comares, 2012. BURGOS GOYÉ, M^a.C.: «La falacia del derecho a la prestación por la contingencia de desempleo de los trabajadores transfronterizos no comunitarios extranjeros en España»... *op. cit.*, p. 6 en su versión digital.

En conclusión: tras la LO 2 /2009 se da muestra más que evidente del grave retroceso que en desmercantilización de la mano de obra extranjera se experimenta en el ordenamiento *iustlaboral*, pues se le niega el derecho de protección social a quien ha sido trabajador y ha contribuido con su actividad al crecimiento productivo y económico de nuestro país¹⁶⁵. Resulta bastante criticable que la reforma de la legislación migratoria siga poniendo el acento en las «necesidades reales de nuestro mercado de trabajo»¹⁶⁶, al abandonar esa idea base que motiva el nacimiento de la LOEXIs, esto es, la integración de las personas inmigrantes. A este respecto, el desempleo constituye una magnífica fórmula que no sólo cumple con los cometidos de política migratoria «ideal» y de políticas de empleo propias de todo Estado de Bienestar Social¹⁶⁷, sino que es más, permite hacer justicia a los principios mismos que determinan el surgimiento del sistema de Seguridad Social y, por ende, de la protección de todos los «ciudadanos» frente a las situaciones de necesidad (Seguridad Social «universal —todas las personas sin apego a territorio, ni banderas—»). Se trata ésta de una percepción de la realidad que ya estaba asentada con los máximos teóricos de la política de empleo en el Estado Social contemporáneo: Keynes y Beveridge, para los cuales la política de empleo debía conectarse con esa responsabilidad que se le imponen a los poderes públicos de garantía de un equilibrio satisfactorio en el mercado de trabajo y en la protección social de las personas que trabajan o se encuentran desempleadas. Por todo ello, las políticas de empleo y la protección por desempleo se insertan en el programa constitucional inherente a la forma política de cualquier Estado Social y democrático de Derecho¹⁶⁸.

2.2.3. Nivel asistencial por desempleo y trabajadores inmigrantes: controversia y doctrina judicial

2.2.3.1. El Nivel asistencial básico

Como ya se ha señalado más arriba, los inmigrantes irregulares quedan excluidos igualmente del derecho al acceso al nivel asistencial por desempleo,

165. MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «El modelo de protección jurídico- legal del trabajador extranjero. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre»... *op. cit.* p. 66. TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre y el anteproyecto de la ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre, de 2008», *Aranzadi Social*, Vol. 1, n.º 21, 2009, pp. 73-104.

166. MOLINA NAVARRETE, C.: «Inmigración, empleo y mercado de trabajo: La inmigración económica extranjera en tiempos de crisis», VV.AA., MAROTO JIMÉNEZ, F. (Coord.), *La inmigración a Europa: Hacia un nuevo futuro*, Jaén, Litalia, 2010, p. 17.

167. Tal y como a ella se refiere la actual Ley de Empleo de 2015, pero también (y, por primera vez) la antigua Ley 56/2003, de 16 de diciembre. CHARRO BAENA, P.: «Migrantes (I): Política de empleo y política de inmigración»... *op. cit.*, p. 682.

168. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las políticas activas de empleo. Derecho al trabajo y políticas activas de empleo en el marco de la política de empleo»... *op. cit.*, p. 99.

pues conforme al artículo 274.1 letras a) y b) de la LGSS se indica que: «1. Serán beneficiarios del subsidio los desempleados que, figurando inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, carezcan de rentas en los términos establecidos en el artículo siguiente y se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: a) Haber agotado la prestación por desempleo y tener responsabilidades familiares. b) Haber agotado la prestación por desempleo, carecer de responsabilidades familiares y ser mayor de cuarenta y cinco años de edad en la fecha del agotamiento... etcétera».

El artículo 274 en sus apartados 2, 3 y 4 de la LGSS distingue tres posibles situaciones:

- A) La de los liberados de prisión que no tenga derecho al nivel contributivo por desempleo y hubiesen sido privados de libertad por un periodo superior a seis meses¹⁶⁹.
- B) Los parados que «... se hallen en situación legal de desempleo y no tengan derecho a la prestación contributiva, por no haber cubierto el período mínimo de cotización, podrán obtener el subsidio siempre que: 1) hayan cotizado al menos tres meses y tengan responsabilidades familiares. 2) Hayan cotizado al menos seis meses, aunque carezcan de responsabilidades familiares».
- C) Los trabajadores mayores de cincuenta y dos años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad,

169. Los párrafos segundo y tercero del artículo 274.2 incluye los siguientes supuestos: «1. Los menores liberados de un centro de internamiento en el que hubieran sido ingresados como consecuencia de la comisión de hechos tipificados como delito, siempre que, además de haber permanecido privados de libertad por el tiempo antes indicado, en el momento de la liberación sean mayores de dieciséis años. 2) Las personas que hubiesen concluido un tratamiento de deshabitación de su drogodependencia, siempre que el mismo hubiera durado un período superior a seis meses y hayan visto remitida su pena privativa de libertad en aplicación de lo previsto en el artículo 87 del Código Penal y 3) Los liberados de prisión que hubieran sido condenados por la comisión de los delitos relacionados en los párrafos a), b), c) o d) del artículo 36.2 del Código Penal solo podrán obtener el subsidio por desempleo previsto en este apartado y en el siguiente cuando acrediten, mediante la oportuna certificación de la Administración penitenciaria, los siguientes extremos: a) En el caso de los liberados de prisión condenados por los delitos contemplados en las letras a) o b) del artículo 36.2 del Código Penal, que han cumplido los requisitos exigidos en el artículo 72.6 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. b) En el caso de los liberados de prisión condenados por los delitos contemplados en las letras c) o d) del artículo 36.2 del Código Penal, que han satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, y que han formulado una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito.

para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social¹⁷⁰.

Estos dos últimos supuestos que plantean el apartado 3 y 4 del artículo 274 de la LGSS no ofrecen dudas interpretativas, pues queda claro que se aplica plenamente la doctrina del Tribunal Supremo de 2008 (antes expuesta). Es decir, que sólo podrán beneficiarse de esta situación los inmigrantes en situación regular en España¹⁷¹ que figuren como demandantes de empleo, no hubiesen rechazado una oferta de empleo y no se hubiesen negado injustificadamente a participar en acciones de formación, promoción o reconversión profesional. Aparte el solicitante debe carecer de rentas (sea cual sea su naturaleza) superiores al 75% del Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Las rentas se computarán por su rendimiento íntegro o bruto. Ahora bien, respecto al supuesto concreto que enuncia el nuevo apartado 4 se indica que será requisito obligatorio, para el acceso a este nivel asistencial, haber cumplido la edad de 52 años. Si se cumplen con los requisitos que enuncian los apartados 1, 2 y 3 del artículo 274, a excepción del de la edad, los solicitantes habrán de permanecer inscritos: «... ininterrumpidamente como demandantes de empleo en los servicios públicos de empleo, podrán solicitar el subsidio cuando cumplan esa edad. A estos efectos, se entenderá cumplido el requisito de inscripción ininterrumpida cuando cada una de las posibles interrupciones haya tenido una duración inferior a noventa días, no computándose los períodos que correspondan a la realización de actividad por cuenta propia o ajena. En este último caso, el trabajador no podrá acceder al subsidio cuando el cese en el último trabajo fuera voluntario».

El subsidio para excarcelados inmigrantes, por contra, ha sido objeto de controversia en vía judicial¹⁷². La interpretación teleológica de este artículo 274.2 de la LGSS no es otra que la reinserción social del inmigrante regular ante las dificultades que encuentra para acceder al mercado de trabajo¹⁷³.

170. Previsión que se incluye *gracias al apartado uno del artículo 1 del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo* (BOE de 12 marzo).

171. Para los inmigrantes irregulares le será de aplicación la previsión recogida en el 36.5 de la LOEXIS: «La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero».

172. RUBIO DE MEDINA, M.D.: «Inmigración irregular y protección social en los accidentes de trabajo y en la prestación por desempleo»... *op. cit.*, pp. 78 y 79.

173. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 29 de Marzo del año 2002

En la doctrina judicial se encuentran tres argumentaciones distintas. De un lado y reiteradamente, los tribunales han denegado el subsidio asistencial a aquellos inmigrantes excarcelados en situación irregular al entender que el requisito de la tenencia de un permiso de residencia constituye requisito esencial para el acceso al desempleo (tanto en su nivel contributivo, como asistencial)¹⁷⁴. Y es que, en este particular caso, el subsidio de excarcelados se equipara con otras prestaciones no contributivas de la Seguridad Social para las que igualmente se exige la residencia¹⁷⁵. De otro lado, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia ha afirmado que no cabe conceder el acceso al nivel asistencial en base al principio de igualdad de trato entre españoles y extranjeros cuando se incumplen los requisitos que enuncia la LGSS y la LOEXIs. En otras palabras, el requisito de residencia y de excarcelado no le habilita al inmigrante regular empadronado en España para acceder al nivel asistencial por desempleo, puesto que el empadronamiento con obligación de permanecer en España hasta la extinción completa de la pena o concesión de indulto no puede nunca sustituir la obligación legal de autorización de residencia¹⁷⁶. Finalmente, aunque se cumpla el requisito de haber trabajado durante el tercer grado, el requisito de la residencia legal constituye requisito ineludible para el acceso a la prestación por desempleo asistencial del extranjero en España¹⁷⁷.

2.2.3.2. Las rentas activas de inserción como elemento de fomento para el retorno al mercado de trabajo de los inmigrantes desempleados en España

En los momentos de crisis económica la acción protectora de la Seguridad Social adquiere un especial protagonismo al aumentar el número de desempleados y con ello el riesgo de sufrir exclusión social. La renta activa de inserción (RAI) forma parte, así, del campo protector de la acción por desempleo del régimen público de Seguridad Social, aun que si bien con carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial (artículo 264.3 y Disposición Final 8ª de la LGSS). La renta activa de inserción es el último nivel de la acción protectora por desempleo de la Seguridad Social en la cual se recogen todas aquellas acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión o inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados. Actualmente, esta figura goza de una regulación propia en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, en donde se establece su configuración jurídica

174. Véanse las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Sevilla (Andalucía) de 13 de abril del año 2000 y Castilla-La Mancha de 26 de octubre de 2004.

175. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de marzo de 2006 y 30 de junio de 2006.

176. Ver sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 9 de septiembre de 2004.

177. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2008 (recurso de suplicación n.º 561/07).

y los requisitos necesarios que el solicitante debe cumplir para obtener derecho al «programa» de renta activa de inserción.

En momentos de depresión económica, la acción protectora de la Seguridad Social se erige en un plano prioritario convirtiendo así al desempleo en la prestación estrella de todo el sistema de protección social. Precisamente es, en este contexto, en donde la generalización de los fenómenos de pobreza y exclusión social se reproducen de una forma inevitable ante la inoperancia o insuficiencia de los mecanismos sociales. Lo que, sin lugar a dudas, ha generado un intenso proceso de dualización y de desigualdad¹⁷⁸ entre los distintos grupos o estamentos que componen la sociedad. Como en toda crisis, los colectivos más débiles han sido precisamente los más perjudicados, especialmente la porción poblacional que incluye a aquellos trabajadores con riesgo de exclusión social (a saber: jóvenes, mujeres, inmigrantes, parados de larga duración mayores de 45 años, minusválidos, personas de edad avanzadas y próximas a una edad de jubilación..., etc.).

Las deficiencias e incapacidades que dispensa el nivel contributivo de la Seguridad Social se ven agravadas ante un fenómeno que se hace, cada día, más cíclico y progresivo en el tiempo¹⁷⁹. Lo que ha motivado el establecimiento disfuncional de medidas excluyentes, en lugar de reactivas o proactivas frente al desempleo estructural, que reproducen las previas desigualdades y exclusiones del mercado de trabajo del cual depende. Por lo que, la protección social que tanto trata de alcanzar el sistema español no sirve para evitar la pobreza, sino para discriminar a determinados colectivos en situación de necesidad¹⁸⁰ o incorporarlos al mercado de trabajo de manera irregular¹⁸¹.

La constatación de dificultades en el nivel contributivo de la Seguridad Social para atajar el problema de la pobreza y exclusión social, motivó el establecimiento *tardío* de las rentas activas de inserción a nivel nacional y de las rentas mínimas en el ámbito autonómico¹⁸². Desde luego, este instrumento de protec-

178. MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Un nuevo derecho social de ciudadanía: modelos normativos de “rentas mínimas de inserción” en España y en Europa», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 187/1998, p. 79.

179. MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Un nuevo derecho social de ciudadanía: modelos normativos de “rentas mínimas de inserción” en España y en Europa»... *op. cit.*, p. 79.

180. LÓPEZ INSUA, B.M.: «La renta activa de inserción como instrumento de lucha contra la exclusión social», en VV.AA., RODRÍGUEZ INIESTA, G Y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)*, Murcia, Laborum, 2015.

181. MORENO GENÉ, J Y ROMERO BURILLO, A.M^a.: «Mujer, exclusión social y renta activa de inserción. Especial referencia a la protección de las víctimas de violencia de género», *Revista Internacional de Organizaciones*, n.º 3, 2009, pp. 131-156.

182. «Ante la constatación de las dificultades de este nivel contributivo de la Seguridad Social a la hora de abarcar la problemática suscitada por las nuevas formas de pobreza y de exclusión social, se produjo una reacción para intentar proteger a colectivos en situación de necesidad anteriormente huérfanos de protección. En este sentido, se previó una pensión no contributiva de jubilación, una de invalidez y una de prestación por hijo a cargo, las cuales se van a sumar a los complementos a mínimos de las pensiones contributivas y al nivel asistencial de la protección por desempleo. Ahora bien, a pesar de esta ampliación del ámbito de la protección de la Seguridad Social, todavía quedaban

ción social (que en su origen responde a técnicas de asistencia social) se ha integrado en una red última de seguridad que cubre necesidades extremas no satisfechas por la Seguridad¹⁸³, aunque en su inicial carácter modesto y complementario no se cumpliera con ese ambicioso objetivo de tratamiento global de la exclusión social¹⁸⁴.

La recepción en España del RAI se ha llevado a cabo de forma excepcional, provisional y experimental en el año 2000¹⁸⁵ gracias a la aprobación del «RD 236/2000, de 18 de febrero, por el que se regula el programa para la inserción laboral de los trabajadores desempleados de larga duración, en situación de necesidad, mayores de 45 años»¹⁸⁶. Poco después, la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, habilitó al Gobierno a regular para el año 2001 dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión establecido en el Capítulo V del Título III del Texto Refundido de la LGSS, el establecimiento de una ayuda específica, denominada renta activa de inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo, que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral. Posteriormente, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, introdujo en la LGSS una Disposición Final Quinta por la que se consolida la habilitación legal de esta figura.

Las sucesivas reformas de la LGSS habilitaron al Gobierno para regular de forma permanente el programa de RAI. Sin embargo, aunque todos estos programas fueron anuales y aprobados mediante reales decretos de duración limitada¹⁸⁷, la RAI no cristalizaría su desarrollo reglamentario como norma estable

fuera del mismo aquellas personas entre 18 y 65 años con capacidad para trabajar o, en todo caso, con una discapacidad inferior a la exigida para acceder a la pensión no contributiva de invalidez, las cuales, en la medida en que no se hubieran incorporado al mercado de trabajo o lo hubieran hecho de forma insuficiente, no podrían acceder a las prestaciones contributivas o, en su caso, habiéndolo hecho, ya las habrían agotado, ni tampoco podrían acceder al nivel no contributivo. Es éste el vacío que era necesario cubrir, y que finalmente ha sido cubierto, aunque solamente de forma parcial, por las rentas de inserción, ya sea la renta activa de inserción estatal o las rentas mínimas autonómicas. Ver MORENO GENÉ, J Y ROMERO BURILLO, A.M^a.: «Mujer, exclusión social y renta activa de inserción. Especial referencia a la protección de las víctimas de violencia de género»... *op. cit.*, p. 134.

183. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La normalización de la Renta Activa de Inserción», *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 3, 2007, p. 3.

184. MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 1999, p. 55.

185. SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, J.V.: «Comentarios a la renta activa de inserción»... *op. cit.*, p. 145.

186. Con este programa se incluyó una prestación económica «paliativa» de escasa cuantía, a la cual acompañaban otras medidas activas de empleo y de favorecimiento de la inserción en el mercado de trabajo de las personas más desvalidas. Para ello contaba este Plan con tres acciones novedosas: el compromiso voluntario de actividad, la tutoría individualizada de los desempleados con dificultades de inserción laboral y los talleres de empleo. Véase la Exposición de Motivos del RD 236/2000.

187. Cabe señalar al respecto: el RD 945/2003, de 18 de julio, por el que se regula para el año 2003 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades

y con voluntad de *permanencia indefinida* en el ordenamiento español hasta la promulgación del RD 1369/2006, de 24 de noviembre.

La RAI se define como una ayuda económica pública dirigida a todos aquellos desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar determinadas actividades favorecedoras de su inserción laboral. Por lo que, queda claro, que son sólo dos las notas que según el RD 1396/2006 delimitan a la RAI, en primer lugar, los beneficiarios deben ser desempleados que se encuentren en situación de extrema pobreza¹⁸⁸ y que suscriban un compromiso de actividad¹⁸⁹, por lo que queda claro que no se trata el RAI de una red universal o generaliza, pues excluye a otros colectivos necesitados de protección (como las mujeres y los jóvenes)¹⁹⁰; y en segundo lugar, siempre que estos sujetos cumplan con los requisitos que se especifican en el artículo 2 del RD 1369/2006 (modificados por el «RD 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad»; «RD 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años», el «Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo» y el «Real Decreto 696/2018, de 29 de junio, por el que se aprueba el Reglamento general de la gestión financiera de la Seguridad Social») se les reconocerá una prestación económica de carácter permanente que irá destinada a promover la inserción laboral de estas personas.

La RAI se configura así como una prestación económica permanente y reconocida como un derecho subjetivo con la misma finalidad que el resto de pres-

económicas y dificultad para encontrar empleo; el RD 3/2004, de 9 de enero, por el que se proroga para el año 2004 el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, regulado por el Real Decreto 945/2003, de 18 de julio; el RD 205/2005, de 25 de febrero y el RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

188. La LGSS parece dirigirse sólo a determinados colectivos, de carácter coyuntural y de duración limitada. Y es que, cabe criticar que el RAI se trata de una prestación que, por su naturaleza jurídica, debería aplicarse a un círculo amplio de beneficiarios de acuerdo con la finalidad para la que nació el sistema de Seguridad Social.

189. El compromiso de actividad supone una manifestación del modelo de contractualización en virtud del cual el beneficiario manifiesta su plena disponibilidad para buscar empleo, trabajar participar de forma efectiva en todas aquellas acciones ofertadas por los servicios públicos de empleo y dirigidas a su inserción laboral. Ver SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, J.V.: «La coordinación entre las políticas activas de empleo y la protección económica frente al desempleo», en VV.AA, VALDÉS DAL-RÉ, F. Y SOBRINO GONZÁLEZ, G, *Comentarios a la Ley de Empleo*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 522-537.

190. En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Protección por desempleo e inserción laboral: balance provisional de los programas de renta activa de inserción 2000/2003», *Aranzadi Social*, Tomo V/2003, p. 199, valora positivamente la ampliación del ámbito subjetivo a determinadas personas apartadas del mercado de trabajo —por razón de su edad avanzada, minusvalía, retorno del extranjero o violencia de género— y que, precisamente por ello, pueden caer en la exclusión. También, MORENO GENÉ, J Y ROMERO BURILLO, A.M^a.: «Mujer, exclusión social y renta activa de inserción. Especial referencia a la protección de las víctimas de violencia de género»... *op. cit.*, p. 139.

taciones y subsidios por desempleo, la cual pretende hacer frente a las situaciones de necesidad reconocidas en el artículo 41 de la Constitución Española¹⁹¹. De ahí que la Ley enmarque al RAI dentro de las medidas de Seguridad Social, mientras que las rentas mínimas lo hacen desde el campo de la «asistencia social»¹⁹². Siendo, precisamente, éste último punto uno de los más conflictivos desde el punto de vista de las relaciones funcionales y competenciales entre las RAI y las actuaciones ejecutivas de las Comunidades Autónomas en los programas de inserción laboral¹⁹³. Actualmente, el acceso de inmigrantes en situación irregular a estas rentas mínimas es nulo, pues aunque no se exija el requisito de residencia legal, si se solicita el estar inscrito como demandante de empleo. Lo que, al término, hace imposible su acceso puesto que se exige la regularización de su situación administrativa en España.

En conclusión: el problema de la protección por desempleo no está respondiendo a la realidad que se vive, de ahí que colectivos tan necesitados (como son los inmigrantes) apenas accedan y disfruten de este último nivel de la prestación. Ello refleja que España sufre un problema económico de fondo que se convierte en casi estructural. Pese a haberse reducido los índices de desempleo entre los extranjeros, ha aumentado el número de beneficiarios de prestaciones por desempleo (prestación contributiva, subsidio, renta activa de inserción, subsidio para eventuales agrarios y programa de activación para el empleo). Por ello, uno de los retos que se plantea hoy por hoy el sistema de protección social es del afrontar la continuidad de las rentas en períodos transicionales a través de la institucionalización y generalización del derecho a la renta básica o ingreso de ciudadanía. Se trata con ello de asegurar la continuidad de ingresos, con independencia del desempeño del trabajo profesional, lo cual permite que el individuo pueda vivir dignamente gracias al percibo de un ingreso económico regular e indefinido que asegure su tutela más allá del mercado¹⁹⁴. De este modo, se apuesta por la fijación de un sistema garantista y de satisfacción de las necesidades fundamentales del individuo en tanto éste encuentra el trabajo-

191. MONEREO PÉREZ, J.L.: «El modelo de protección por desempleo: configuración técnica y orientaciones de la reforma», en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a.N., *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, pp. 1030-1039.

192. MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico... op. cit.*, p. 55 y siguientes. El RAI supone «una nueva técnica de protección social situada en el proceso de renovación de los sistema de Seguridad Social contemporáneos» que, de acuerdo a sus nuevos objetivos y a su consideración como derecho social de la ciudadanía, deja de ser un instrumento externo complementario de las insuficiencias del esquema protector de la Seguridad Social, configurándose así como una prestación de nuevo tipo que se enmarca dentro del sistema como «medida de Seguridad Social».

193. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La normalización de la Renta Activa de Inserción»... *op. cit.*, pp. 5-8. DE LA CASA QUESADA, S.: «Trabajo decente y garantía de una renta mínima de inserción», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L; GORELLI HERNÁNDEZ, J Y DE VAL TENA, Á (Dir.) Y LÓPEZ INSUA, B.M. (Coord.), *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, pp. 653-662.

194. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica. op. cit.*

empleo deseado¹⁹⁵. Lo contrario provocaría un efecto negativo y contradictorio con los objetivos de las políticas del empleo y migratorias, al expulsar a un número importante de trabajadores a la inactividad, al subempleo o directamente, a la pobreza. Por todo ello, resulta «... criticable la tendencia a sustituir el principio de solidaridad social basado en los derechos de ciudadanía, por el reforzamiento de una suerte de derecho discrecional, basado en una ética del trabajo como eje que fundamenta el derecho a recibir la protección social»¹⁹⁶.

2.3. La garantía para unas rentas mínimas a nivel autonómico y la propuesta *de lege ferenda* de una renta mínima garantizada a nivel nacional como Seguridad Social no contributiva

La inserción profesional de las personas más desfavorecidas ha constituido desde siempre un problema que ha preocupado al sistema comunitario. Sin embargo, no ha sido hasta la década de los años setenta cuando en la Comunidad Económica Europea se han iniciado los primeros pasos en la lucha contra la pobreza a través de la promulgación del programa piloto conocido como «Pobreza 1» (desarrollado entre 1975 y 1981). Aunque sólo se trataba de una experiencia inicial, que resultó ser bastante deficiente y poco efectiva, en algunos Estados europeos (tal como: Dinamarca, Reino Unido, Bélgica, Irlanda, Alemania y Holanda) ya se habían implantado los sistemas de rentas mínimas, a los que siguieron otros ordenamientos comunitarios durante los años ochenta (a saber: Luxemburgo y Francia). En 1985 se aprobó el programa «Acción comunitaria específica de lucha contra la pobreza 1985-1988» o también llamado «Pobreza 2». Y, posteriormente, en 1989 se publicó el «Programa a medio plazo de medidas para la integración económica y social de las categorías de personas económica y socialmente menos favorecidas, 1989-1994», conocido como «Pobreza 3».

Los citados proyectos comunitarios de lucha contra la pobreza aunque no lograron alcanzar los efectos prácticos deseados, sí contribuyeron a ir precisando y desarrollando, conceptualmente, lo que a finales de los años 80 se empezó a denominar como «dimensión social» de la Comunidad. Se buscaba así lograr la cohesión social y económica de la CEE, al tiempo que se fijaban unos criterios comunes para la protección social y erradicación de las diferentes situaciones de exclusión social¹⁹⁷.

195. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las políticas activas de empleo. Derecho al trabajo y políticas activas de empleo en el marco de la política de empleo»... *op. cit.*, pp. 103 y 104.

196. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (II). Desempleo y políticas de activación e inserción», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J Y DE VAL TENA, Á (Dir.) Y LÓPEZ INSUA, B.M. (Coord.), *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, p. 607.

197. Entre finales de los años ochenta y principios de los noventa se sustituye el término «pobreza» (que para algunos Estados miembros tenía unas connotaciones políticamente inaceptables)

El 24 de junio de 1992 el Consejo de la Comunidad Económica Europea marcó un hito importante en esta materia al aprobar la Recomendación (92/441/CEE) «sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social». Normativa ésta en la que quedó definida, por primera vez y con cierta concreción, la posición comunitaria sobre la exclusión social. En dicha recomendación no sólo se invitaba a todos los Estados miembros de la CEE a desarrollar un sistema de rentas mínimas para garantizar el acceso a unos recursos y a unos servicios adecuados que aseguren la dignidad de los ciudadanos, sino que además se determinaron los elementos fundamentales para configurar los sistemas de rentas mínimas. Se disponía que: «... Las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya sea por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes adaptados a su situación personal... Considerando que la creación de una garantía de recursos y de prestaciones es tarea de la protección social; que corresponde a los Estados miembros calificar, a tal fin, la naturaleza jurídica de las disposiciones destinadas a proporcionar dicha garantía...».

Posteriormente, en el *Libro Verde sobre Política Social Europea. Opciones para la Unión* [COM(93) 551 final], así como otras directrices, comunicaciones y orientaciones de la CEE (hoy Unión Europea —en adelante UE—), se vuelve de nuevo a perseverar en este propósito comunitario de garantizar unos ingresos mínimos para aquellos colectivos más vulnerables y en riesgo de exclusión social¹⁹⁸. Por lo que no sólo se pretende poner en juego las medidas de políticas activas de empleo (formación, fomento del empleo, mejora del acceso al mercado de trabajo..., etcétera), sino que se persigue además conjugar esos mecanismos de activación con las políticas pasivas de empleo y los servicios de atención social a personas especialmente vulnerables. De modo que el recurso a los subsidios de desempleo sirva para cubrir las necesidades de aquellos más desvalidos, al tiempo que se mejora la capacidad de incorporación o retorno al sistema productivo¹⁹⁹. En esta línea, la actual Estrategia Europea de Empleo 2020 insiste en que esa cobertura ante la falta de rentas debe implicar, como condición para

por el de «exclusión social» (de contenido más dinámico y perspectiva multidimensional). Así pues, mientras que el concepto de pobreza se limita únicamente a la carencia de recursos económicos; el de exclusión social encierra en una misma palabra todas aquellas barreras y límites que impiden, dificultad y compliquen el ejercicio de los derechos que les corresponden a todas las personas por el mero hecho de ser ciudadanos (esto es: participación en el mercado de trabajo, en los sistemas de protección social, en la educación y la cultura, el acceso a la vivienda e incluso la participación política). Ver VV.AA.: «Pobreza y rentas mínimas en España y en la Unión Europea», publicado por la *Confederación Sindicales de Comisiones Obreras. Secretaría de política Social*, 2013, p. 2. http://www.aragon.ccoo.es/comunes/recursos/3/doc146821_Informe_sobre_pobreza_y_rentas_minimas.pdf

198. URTEAGA, E.: «Las rentas mínimas en Francia», *Papers: Revista de sociología*, n.º 96, 3, 2011, pp. 959-963.

199. SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, J.V.: «Comentarios a la renta activa de inserción», en VV.AA., ROQUETA BUJ, R. (Dir.) y TATAY PUCHADES, C. (Coord.), *Puntos Críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma*, Navarra, Lex Nova/Aranzadi, 2015, pp. 145-146.

el acceso del beneficiario a la prestación por desempleo, su participación en actividades de inserción laboral que completen o corrijan sus dificultades o limitaciones para el acceso al empleo. Y es que, entiende la UE, que el objetivo primordial para combatir la exclusión social y asegurar mercados de trabajo inclusivos no es otro que el sistema de ayudas económicas al desempleo, a cuyo servicio se ha de poner a disposición los instrumentos de política de empleo y de protección social. Por lo que los distintos sistemas de Seguridad Social se enfrentan ahora al reto de «combatir la pobreza para evitar los procesos de relegación o desafiliación de una parte de la población»²⁰⁰, lo que significa «combinar políticas de inclusión social y de dispositivos garantizando una renta mínima». En este sentido, la UE pretende evitar la diversidad de mecanismos de rentas activas configurados por el conjunto de Estados comunitarios mediante la creación de un sistema efectivo y coordinado a nivel europeo. En ese paso de las rentas mínimas de *Welfare* a los de mecanismos de *Workfare* es en donde deben entrar en escena la protección pasiva frente al desempleo, las medidas de políticas activas y los servicios de atención personal. Desde este enfoque se ha configurado en España, aunque tardíamente, frágil y de forma descoordinada, las rentas activas de inserción (a nivel estatal) y las rentas mínimas de inserción (a nivel autonómico)²⁰¹.

Cumpliendo así con los cometidos europeos, en España se ha articulado toda una red de rentas mínimas o salarios sociales autonómicos que intentan colmar las insuficiencias del sistema de protección por desempleo. En concreto, en la nación española coexisten varios sistemas de rentas de inserción o carácter asistencial: A) las RAI; B) la renta agraria, dirigida a los trabajadores del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios de la Seguridad Social residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura y que no puedan disfrutar del subsidio por desempleo y, finalmente, C) las rentas mínimas de inserción (RMI) que se ponen en marcha las distintas CCAA²⁰².

La razón que justifica el disperso entramado a nivel nacional y autonómico responde, principalmente, al rechazo de la Administración Central a implantar una renta mínima con carácter general para todo el territorio español, pero tam-

200. La diversidad de dispositivos de rentas mínimas aprobados por los países de la UE ha puesto de manifiesto la necesidad de coordinar y armonizar todos estos instrumentos a través de las instituciones comunitarias. Ver URTEAGA, E.: «Las rentas mínimas en Francia»... *op. cit.*, p. 963.

201. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La normalización de la Renta Activa de Inserción», *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 3, 2007, pp. 1-3.

202. Desde la segunda mitad de los años ochenta, han sido los gobiernos regionales —asumiendo las competencias que en esta materia les confiere la Constitución— los únicos responsables del desarrollo de programas de este tipo en sus respectivos territorios. A diferencia de otras prestaciones públicas, como los servicios sociales, el diseño fijado carece de mecanismos de coordinación interterritorial para evitar posibles problemas de insuficiencia presupuestaria en las regiones con menores recursos económicos o para impedir que se generen grandes diferencias territoriales en las cuantías y en la cobertura ofrecida. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Bomarzo, 2018.

bién a su empeño por implantar una política jurídica de mínimos específicos para colectivos carentes de protección social²⁰³.

Se configura así una prestación de derecho subjetivo y de índole asistencial que busca un doble objetivo, esto es, fomentar la inserción socio-laboral y dar respuesta a las necesidades básicas de aquellas personas y familias carentes de recursos económicos suficientes. En su forma más típica, la RMI consiste en una prestación de naturaleza económica, integrada por la suma de una prestación mensual básica y un complemento variable, en función de los miembros que forman parte de la unidad de convivencia. Dependiendo de la CCAA en la que solicite el acceso a estas rentas mínimas o salarios sociales la denominación será distinta (a saber: salario social básico, ingreso mínimo de inserción, renta garantizada... etcétera). Como parte del Sistema público de Servicios Sociales, las RMI son una competencia exclusiva de las Comunidades y Ciudades Autónomas, por lo que cada una de ellas establece diferentes formas de acceso, requisitos exigidos, medidas complementarias su duración o su cuantía (que habrá de garantizarse por vía de Presupuestos Generales del Estado y siempre respondiendo a criterios de eficiencia y suficiencia), entre otros. La falta de homogeneidad del sistema de RMI acarrea, en la práctica, desigualdades en función de la CCAA en la que se encuentre el solicitante.

Son requisitos mínimos para obtener esta ayuda los siguientes: 1) carecer de recursos económicos; 2) estar en el intervalo comprendido entre la edades máxima y mínima que fije cada comunidad autónoma, normalmente entre los 25 y los 65 años; 3) ser residente y estar empadronado durante un periodo mínimo en un municipio de la comunidad autónoma; 4) aceptar las medidas de inserción laboral, formación y orientación establecidas para esa persona y 5) estar inscrito como demandante de empleo²⁰⁴.

Requisitos de las rentas mínimas por Comunidad Autónoma					
Comunidad	Nombre de la renta	Residencia efectiva	Empadronamiento	Residencia legal	Inscripción como demandante de empleo
Andalucía	Renta mínima de inserción	12 meses con excepciones	12 meses	No	Sí
Aragón	Ingreso Aragonés de inserción	12 meses	12 meses	No	No

203. DE LA CASA QUESADA, S.: «Trabajo decente y garantía de una renta mínima de inserción»... *op. cit.*, pp. 657-659.

204. Este requisitos se exige sólo en las CCAA de La Rioja, País Vasco/Euskadi, Principado de Asturias; Andalucía, Canarias; Cantabria, Castilla-La Mancha, Comunidad Foral de Navarra y en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Canarias	Prestación Canaria de Inserción	12 meses	Sí	Sí	Sí
Cantabria	Renta Social Básica		12 meses	Sí. 12 meses	Sí
Castilla-La Mancha	Ingreso Mínimo de Solidaridad	24 meses o ser emigrante retornado	24 meses o ser emigrante retornado	No	Sí, excepto las víctimas de violencia de género
Castilla y León	Renta Garantizada de Ciudadanía	12 meses con excepciones	12 meses con excepciones	Sí. 12 meses con excepciones	No
Cataluña	Renta Garantizada de Ciudadanía	24 meses con excepciones	Sí	Sí, con excepciones	No
Ciudad Autónoma de Ceuta	Ingreso mínimo de inserción social de Ceuta (IMIS)	– Miembro de la Unión Europea: 1 año – No miembro de la UE: 2 años, con excepciones	– Miembro de la Unión Europea: 1 año – No miembro de la UE: 2 años, con excepciones	– Miembro de la Unión Europea: No. – Para los no miembros de la UE: 2 años, con excepciones	Sí
Ciudad Autónoma de Melilla	Ingreso Melillense de inserción (IM)	Sí. 60 meses	Sí. 60 meses	Sí	Sí
Comunidad Foral de Navarra	Renta Garantizada de Navarra	24 meses con excepciones	Sí	No	Sí
Comunidad de Madrid	Renta mínima de inserción en la Comunidad de Madrid	12 meses	Sí	Sí	No
Comunidad Valenciana	Renta de Garantía de ingresos mínimos (RGIM) y Renta de Garantía de inclusión social (RGIS)	12 meses, excepto a personas refugiadas y asiladas y víctimas de violencia de género o de explotación sexual o trata	12 meses, excepto a personas refugiadas y asiladas y víctimas de violencia de género o de explotación sexual o trata	No	No

Extremadura	Renta básica extremeña de inserción	6 meses con excepciones	Sí	Sí, excepto personas refugiadas y solicitantes de asilo	No
Galicia	Renta de inclusión social de Galicia (RISGA)	Sí, con excepciones	Sí, con excepciones. 6 meses	Sí, con excepciones	No
Islas Baleares	Renta social garantizada	36 meses	Sí	No	No
La Rioja	Renta de Ciudadanía	12 meses	Sí	Sí, 12 meses	Sí
País Vasco/ Euskadi	Renta Garantizada de ingresos	36 meses con excepciones	36 meses con excepciones	No	Sí, con excepciones
Principado de Asturias	Salario social de Asturias	24 meses con excepciones	Sí	Sí, excepto refugiados y apátridas que tengan reconocida tal condición	Sí, con excepciones
Región de Murcia	Renta Básica de inserción	12 meses	Sí, 12 meses	Sí, 60 meses	No
<p><i>Fuente: Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Elaboración propia.</i></p>					

De acuerdo con estos requisitos está claro que los inmigrantes irregulares no podrán acceder a las RMI, ya que el requisito de la residencia legal condiciona el disfrute de este derecho. A buen ejemplo, las estadísticas que se elaboran anualmente por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social reflejan ya una diferencia notable entre el número de españoles y extranjeros (en situación regular) que acceden a estas rentas mínimas. Ello desnaturaliza la existencia misma de estas RMI, puesto que no cumple con el objetivo previsto, esto es, paliar situaciones de emergencia social y extrema pobreza²⁰⁵. Aparte se desincentiva su solicitud por parte de todos aquellos inmigrantes que han contribuido al sistema, pero que no tienen acceso a estas rentas mínimas simplemente por una mera cuestión administrativa. Siendo precisamente el colectivo de los inmigrantes uno de los más vulnerables y en riesgo de pobreza, sorprende cómo se ha elevado a un plano prioritario el requisito de la «residencia» antes que el de necesidad, inserción laboral y protección social. Sobrevuela detrás de esta idea

205. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica.. op. cit.*

esa obsesión del legislador español por controlar y contener el gasto público. Por lo que, al final, toda esa declaración de una pretendida «protección» e inserción social queda en papel mojado.

La problemática de las RMI supone revisar todo el esquema establecido para así eliminar ese discrecional sistema de actuación autonómico. De esta forma, a nivel no contributivo, se debería crear una renta mínima garantizada nacional que evite el divergente tratamiento que, actualmente, se le concede a este derecho en función de la CCAA en la que residen los inmigrantes irregulares (y los solicitantes, en general). Las principales propuestas de revisión exigirían centrarse sobre los siguientes aspectos: una garantía unitaria e igualitaria de RMI a nivel nacional; incremento del presupuesto destinado a esta materia; cohesión territorial, incremento y mejora de la coordinación entre las distintas administraciones públicas implicadas (estatal, autonómica y local); homogeneización en los criterios de acceso, cuantías y protección a fin de posibilitar una atención adecuada a las necesidades reales de todas las personas en riesgo de exclusión social; compatibilidad en el disfrute entre las RMI y el desempeño de la actividad laboral (cuando ésta última resulte insuficiente para poder vivir dignamente); mayor información y asistencia a la población más rechazada (en concreto: mujeres, inmigrantes, víctimas de violencia de género... etcétera); eliminar trabas administrativas; implantar un control de calidad de las distintas situaciones (lo que no exige incrementar abusivamente las medidas de fiscalización en base a una presunción fraudulenta) y, finalmente, simplificación del procedimiento mediante la creación de una «única» oficina²⁰⁶.

3. CONCLUSIONES

Durante estos últimos años, los cambios cualitativos que vienen experimentando las prestaciones por desempleo dan muestra más que evidente de la deficiente función que están desempeñando las políticas públicas de empleo. Tales medidas no son capaces de frenar un fenómeno que cada día se hace más persistente y crónico en el tiempo. La enorme preocupación que ha suscitado esta temática ha motivado una urgente respuesta por parte de los organismos comunitarios, quienes ya han esbozado una serie de medidas de corte represivo y paliativo que, ciertamente, son resultado de los intereses de tan sólo algunos países europeos.

Las consecuencias más directas de estas directrices orientativas y coordinadoras de las políticas de empleo comunitarias han dado ya sus frutos en España. Nuestro país ha sido tierra fértil para el proceso de modificación de la normativa de protección social, donde se ha dirigido básicamente a recortar derechos laborales, de inversión y de fomento de la estabilidad presupuestaria, en lugar de potenciar el crecimiento sobre los bienes de producción. Así pues, no sólo

206. En esta línea, DE LA CASA QUESADA, S.: «Trabajo decente y garantía de una renta mínima de inserción»... *op. cit.*, pp. 657-659.

no se ha creado riqueza, sino que tampoco se ha diseñado un plan coherente y acorde al problema real que persiste latente en la sociedad contemporánea. Muchas han sido las críticas que ha suscitado este sinfín de reformas, dado que ha desvirtuado por completo el modelo garantista de derechos constitucionales establecidos, provocando además una regresión en la tutela de normas fundamentales protegidas al máximo nivel posible.

Pese a la gravedad del problema los Estados siguen recortando con ahínco derechos que son elementales por necesidad. A causa de esta situación se ha producido un fuerte contraste entre las diferentes capas de la sociedad, haciéndose si cabe más visible de lo que ya era. En efecto, si los pobres son cada vez más pobres y los ricos cada vez más ricos, el caldo de cultivo que alimenta el germen de la mercantilización de las relaciones laborales está más que servido. Por encima de toda medida económica se encuentra el derecho a una existencia digna, siendo los poderes públicos responsables de la consecución de esa finalidad. Ahora bien, si en lugar de fomentar unas políticas de «pleno empleo» y una eficaz protección por desempleo para todos los trabajadores inmigrantes se les abandona a su suerte, al término éstos se verán abocados a la precariedad laboral y la exclusión social.

Aunque la LOEXIs busca como objetivo prioritario la integración de todos los inmigrantes, lo cierto es que el requisito administrativo de la residencia legal dificulta enormemente el logro de ese objetivo. Se olvida así que la cobertura por desempleo constituye clave para el éxito de unas eficaces políticas de integración y protección social de inmigrantes.

La realidad presupuestaria nacional demuestra que el gasto público en protección por desempleo dirigido a los inmigrantes es deficiente. Lo que es debido a que las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores inmigrantes son menores y, por ende las bases reguladoras, lo que demuestra una mercantilización y precarización del trabajo que realiza este colectivo. Las tasas de cobertura son fiel reflejo del escaso nivel de protección por desempleo que, en términos absolutos, se ofrece a los trabajadores inmigrantes. La realidad constituye fiel reflejo de la desprotección que ante esta contingencia sufre un amplio colectivo de desempleados inmigrantes. Las estadísticas manifiestan un progresivo aumento de los beneficiarios de la protección por desempleo de nivel contributivo, fruto del proceso de legalización laboral de los trabajadores inmigrantes. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica la mayoría ya no accede al nivel asistencia y menos a las RAI (y a las RMI), pues se endurecen los requisitos. De ahí que acaben retornando a sus países o trabajando de manera precaria y/o fraudulenta.

El logro de un sistema adecuado de protección social resulta imprescindible para conseguir una vida digna y un derecho al trabajo decente. De lo que se trata es de que todas las personas, independientemente de su nacionalidad, tengan oportunidades para lograr un empleo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad²⁰⁷. Sorprende, a este respecto, la falta de concien-

207. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales...* op. cit.

ciación, flexibilidad y adaptación a la realidad de la normativa de Seguridad Social, de empleo y extranjería para abordar directamente el problema del desempleo y sus consecuencias.

Aparte de la falta de coordinación entre los textos normativos, se presentan unas políticas agresivas y represivas de codesarrollo que centran todos sus esfuerzos en expulsar al máximo número de inmigrantes del territorio nacional o, en su caso, arrojarlos a los brazos de la economía sumergida, como solución a la realidad que se vive. Por lo que, en lugar de crear un estatuto jurídico protector fuerte de todos los trabajadores que se aproxime al concepto de «ciudadanía inclusiva», se da un importante paso atrás al sustituir el principio de solidaridad por el de «suerte de derecho discrecional». Ello conlleva a que, en función de las circunstancias económicas y sociales predominantes, las respuestas jurídicas que se den variarán. Debiendo considerarse, igualmente, las opciones de política legislativa imperante (tanto a nivel nacional, como comunitario), así como la situación nacional del empleo.

Actualmente, el legislador está obviando una realidad que resulta cada vez más insostenible desde el punto de vista teleológico del sistema de Seguridad Social, pues no puede, en base a una concepción economicista, dejar desamparados a los inmigrantes que han contribuido mediante la prestación de su servicios al crecimiento económico y productivo de nuestro país, simplemente por una cuestión administrativa de irregularidad. En efecto, esa diferenciación entre inmigrantes irregulares y regulares no sólo resulta incoherente por razones de justicia social, sino que además se erige en el principal escollo a la hora de determinar el acceso o no al sistema de protección social. Primordialmente, las carencias de este sistema se reflejan en la población inmigrante en situación irregular, quienes en la práctica vienen satisfaciendo necesidades sociales no atendidas por el Estado, ni tampoco por los nacionales. Desgraciadamente, el factor étnico está obstaculizando cada vez la integración laboral de estas personas, al tiempo que las convierte en ciudadanos de segunda clase (e incluso, tercera clase) y, por tanto, carentes de derechos fundamentales. A este respecto, la dignidad, como parámetro esencial dentro de los ordenamientos jurídicos, debe ser entendido en el sentido de que el trabajador inmigrante no es un mero instrumento de producción mercantil, sino que es ciudadano y, como tal, disfruta de todos los derechos fundamentales y de Seguridad Social que se esbozan por la normativa internacional y comunitaria.

En su conjunto, la situación coetánea puede ser calificada como de crisis del Estado democrático y de Bienestar Social. Lo que se ha materializado en la implantación de una serie de medidas de política legislativa que resultan incoherentes e insuficientes para proteger a las personas inmigrantes. Por todo ello, la doctrina científica se plantea en el marco de unas políticas legislativas de activación del pleno empleo la propuesta de implantar un sistema de rentas básicas que afronte la continuidad de las rentas, en períodos transicionales, para así garantizar el derecho a una existencia digna. Se apuesta así por la fijación de un sistema garantista y de satisfacción de las necesidades fundamentales del individuo en tanto éste encuentra el trabajo-empleo desea-

do²⁰⁸, para ello resultará esencial el papel que efectúen los servicios públicos de empleo a fin de promover la inclusión laboral de todos aquellos inmigrantes en riesgo de exclusión social. No obstante, para que pueda operar ésta última medida, primero habrá de superarse los límites que a la nacionalidad se imponen por la LOEXIs y la doctrina del Tribunal Supremo.

208. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (II). Desempleo y políticas de activación e inserción»... *op. cit.*

ASISTENCIA SOCIAL, SERVICIOS SOCIALES Y SEGURIDAD SOCIAL. LA PROTECCIÓN ESPECÍFICA POR DEPENDENCIA

1. CRISIS MIGRATORIA Y CONTROL DE FLUJOS: UNA POLÍTICA EUROPEA INSUFICIENTE PARA LA PROTECCIÓN DE LA CIUDADANÍA SOCIAL

En los últimos tiempos las políticas migratorias de la UE se están reorientando hacia un modelo más represivo y restrictivo con las medidas de integración de refugiados y asilados, lo que ha motivado el surgimiento de un endurecimiento de las reglas de juego que son aplicables por parte de los distintos gobiernos comunitarios. El problema base parte de una idea poco realista y acorde al fenómeno social actual, pues las Instituciones Europeas atienden en la práctica ante todo a los efectos y no tanto a captar y resolver los constantes movimientos migratorios desde la fuente que los han motivado. En otras palabras, la UE es consciente de que se debe disponer de una política común y coordinada en materia de inmigración y asilo, no obstante entiende que la solución está en intensificar la cooperación de ésta con aquellos países que son emisores de refugiados o, lo que es lo mismo, se debe propiciar unas medidas de refugio y asilo incardinadas hacia el desarrollo sostenible y la paz en los países de origen²⁰⁹. Por lo tanto, desde una posición simplista se piensa que el desarrollo de

209. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C.: «Derecho de asilo», en VV.AA.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. Y

las políticas migratorias debe relacionar las migraciones con el codesarrollo mediante el establecimiento de un vínculo «causa/efecto». En otras palabras, se entiende que los migrantes acuden hacia los países en donde sí hay desarrollo para contribuir al subdesarrollo de la nación por lo que «debemos desarrollar allí para evitar que vengan aquí».

Al tiempo que se incrementan los flujos de asilados y refugiados en toda Europa los países receptores o de destino de éstos se ven incapaces para garantizar el disfrute pleno de los Derechos Fundamentales (en el sentido que recoge la Carta Europea de Derechos Humanos y el resto de normas internacionales). De ahí que ya se hayan denunciado, por parte de las Instituciones y Organismos Internacionales, la falta de atención y respecto a estas personas a fin de que puedan gozar de un pleno disfrute de sus derechos sociales (en general) y de Seguridad Social (en particular). La desfiguración de una cultura ejemplar y coordinada a nivel europeo es determinante a la hora de entender buena parte del desconcierto y de las contradicciones actuales. Y es que, no se olvide que la guerra de Siria ha provocado «la mayor crisis de refugiados y de expulsión», lo que requiere urgentemente que se adopten medidas de protección internacional y solidaridad mundial²¹⁰.

En este sentido, ya ha declarado el Tribunal Supremo en el año 2015 que el estatuto de refugiado previsto por la Convención de Ginebra de 1951 resulta plenamente aplicable a los ciudadanos que realicen labores humanitarias o de defensa de los derechos humanos, así como también a aquellas personas pertenecientes a grupos o comunidades minoritarios, con temor a ser perseguidos por razones políticas, ideológicas o religiosas (STS de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de 18 de diciembre de 2015). Entiende el Alto Tribunal español que las personas que por estas razones puedan ser percibidas como individuos asociados a una de las partes en conflicto, deben entenderse incurso en los motivos que fundamentan la concesión del estatuto de refugiado conforme a lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951, cuando no estén inmersos en causas de exclusión²¹¹.

Para aliviar la tensión creada y contemplar el derecho de asilo como un derecho de la ciudadanía nacional se ha publicado, recientemente, una *Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de Agenda Europea de Migración*²¹² en donde se hace balance de la aplicación de las acciones acordadas en respuesta a la crisis de los refugiados y pone de relieve los principales ámbitos en los que es necesario intensificar las actuaciones a corto plazo para

MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), Comares, Granada, 2012, pp. 416 y 417.

210. Duras palabras que arroja el Secretario General de la ONU, Ban Ki-moon, a la Comunidad Internacional. Ver: <http://www.lanacion.com.ar/1884411-fuertes-criticas-a-europa-en-una-cumbre-por-los-refugiados>

211. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados»... *op. cit.*, p. 4.

212. Publicado en Bruselas, 10.2.2016. COM(2016) 85 final

restablecer el control de la situación. A este respecto, la Comisión considera que para gestionar eficazmente la crisis de los refugiados, durante el Consejo de Europea se deberían adoptar las siguientes medidas:» a) Finalizar urgentemente la construcción de los puntos críticos en Italia y Grecia para garantizar el registro y el apoyo a migrantes y refugiados, en consonancia con el principio de que nadie debe entrar en la UE sin haber sido correctamente registrado y sin que se le tomen las impresiones dactilares, con apoyo específico a nivel de la UE para asegurar una mayor capacidad de acogida y unos procedimientos de asilo y retorno plenamente operativos; b) Poner fin a la política de permitir el paso e insistir más en la aplicación de las normas de la UE en materia de asilo y gestión de fronteras; c) Acelerar sustancialmente el régimen de reubicación acordado para aliviar la presión sobre Italia y Grecia; d) Utilizar más y de forma más coherente las disposiciones que permiten el retorno de los solicitantes de asilo a terceros países seguros; e) Aplicar el planteamiento acordado para mejorar la cooperación y la coordinación entre los Estados situados en la ruta de los Balcanes Occidentales; f) Intensificar de manera importante los esfuerzos desplegados para garantizar el retorno y la readmisión efectivos y para abordar las causas profundas de la migración maximizando todas las formas de persuasión, incluidas las preferencias comerciales y el desarrollo, a fin de garantizar el compromiso de los terceros países en pro de resultados concretos; g) Impulsar las acciones en el marco del Plan de acción conjunto UE-Turquía para detener los flujos procedentes de Turquía; y realizar con rapidez proyectos en el marco del Mecanismo para Turquía en favor de los refugiados; h) Reforzar los controles en las fronteras exteriores, aceptando la creación de la Guardia Europea de Fronteras y Costas a más tardar en junio, y a ser posible antes, y su puesta en funcionamiento durante el verano; i) Apoyar las necesidades básicas de los migrantes y refugiados más vulnerables, en particular de los niños; j) Reforzar la capacidad de la UE para facilitar ayuda humanitaria a terceros países, y crear capacidad para prestar ayuda humanitaria en la UE con el fin de apoyar a los países que tienen que hacer frente a un gran número de refugiados y migrantes; y k) Intensificar el apoyo de la UE a los refugiados sirios incluyendo la apertura de vías legales a través del reasentamiento y la aceptación del Sistema voluntario de admisión humanitaria con Turquía, según lo recomendado por la Comisión el 15 de diciembre de 2015». En este sentido, se pretende por todos los medios crear un marco de solidaridad y gestión de flujos que incida, entre otras cosas, en las políticas de asilo, prolongación de los fondos europeos destinados a refugiados, integración social, cívica y cultural de los nacionales de terceros países.

Ciertamente, la contradicción entre este catálogo de buenas intenciones y la praxis ordinaria se ve reflejado en algunas iniciativas europeas encaminadas hacia el retorno voluntario²¹³. Lo que al final, ha motivado el surgimiento de distintos programas subvencionados a nivel nacional destinados, precisamente,

213. Ver Comunicado de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «el Plan de Acción de la UE en materia de retorno» (Bruselas, 9.9.2015 COM(2015) 453 final).

al retorno de todos aquellos inmigrantes extracomunitarios en situación de vulnerabilidad²¹⁴.

El marco jurídico comunitario previsto para esta importante crisis de refugiados ha sido ya puesto en tela de juicio por parte de la doctrina científica, ya que no se comprende cómo siendo el asilo un derecho humano²¹⁵ es, por el contrario, tratado de una manera incompleta. Y es que se garantiza a nivel internacional²¹⁶ y europeo el derecho a emigrar, pero no a ser acogido en el lugar de entrada, pues se trata ésta de una materia que le corresponde a los distintos derechos nacionales. El derecho de las personas a gozar o no del pleno disfrute de los derechos fundamentales queda muy especialmente cuestionado cuando se trata, de una parte, de inmigrantes «ilegales» o «irregulares»²¹⁷ y, de otra, de

214. En España, por ejemplo, han salido a luz dos interesantes resoluciones: 1) Extracto de la Resolución de 11 de abril de 2016, de la Dirección General de Migraciones, por la que se convocan subvenciones para proyectos de retorno voluntario de personas inmigrantes (BOE 19/04/2016) y 2) la Resolución de 11 de abril de 2016, de la Dirección General de Migraciones, por la que se convocan subvenciones para programas de retorno voluntario de personas inmigrantes (BOE 19/04/2016). El objeto de estas subvenciones será la realización de programas que faciliten a las personas extranjeras extracomunitarias en situación de vulnerabilidad, la posibilidad de retornar voluntariamente desde España a sus países de procedencia para su reintegración, viable y sostenible. Existen tres tipos de programas distintos, cofinanciados por el Fondo de Asilo, Migración e Integración, en las condiciones y con los requisitos que se recogen en la presente Resolución de Convocatoria: A) Programa de retorno voluntario asistido y reintegración con especial atención a personas vulnerables: tiene como principal objetivo facilitar, a personas extranjeras inmigrantes en situación de especial vulnerabilidad, la posibilidad de retornar voluntariamente desde España a sus países de procedencia a través de itinerarios individualizados de retorno y reintegración; B) Programa de retorno voluntario productivo: tiene como principal objetivo facilitar a personas inmigrantes el retorno voluntario a sus países de procedencia y la reintegración sostenible en estos, a través de itinerarios individualizados de retorno y reintegración que incluyan el apoyo a las habilidades emprendedoras, por medio de actividades de formación en autoempleo y gestión empresarial, así como asistencia técnica y seguimiento de la puesta en marcha de proyectos microempresariales asociados al retorno, y teniendo en cuenta su vulnerabilidad como criterio prioritario de selección y C) Programa de ayudas complementarias al abono acumulado y anticipado de la prestación contributiva por desempleo (APRE): el objetivo de este programa es proporcionar ayudas complementarias a este abono acumulado y anticipado de la prestación contributiva por desempleo a personas extranjeras extracomunitarias y sus familiares hasta segundo grado que retornen voluntariamente a sus países de procedencia, teniendo en cuenta su vulnerabilidad como criterio prioritario de selección. La gestión de estos programas está encomendada a organizaciones no gubernamentales y organizaciones internacionales especializadas en la atención de inmigrantes.

215. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C: «Derecho de asilo»... *op. cit.*, p. 415.

216. «A nivel internacional se garantiza el la universalidad de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de todos sin que quepa hacer distinciones por razones de sexo, idioma o religión... En ese sentido, diversos informes sobre derecho humanos de las Naciones Unidas insisten en que debe reducirse la pobreza, las situaciones de desventaja social y fomentar la integración de los inmigrantes». Ver MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras»... *op. cit.*, p. 18 en su versión digital.

217. MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales», en VV.AA.: *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., Comares, Granada, 2012, p. 262.

ciudadanos formales (o de pleno derecho) y equiparados (es decir, extranjeros con estatutos jurídicos análogos a la de los ciudadanos nacionales)²¹⁸.

Al hilo de esta idea, resulta llamativa la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 13 de febrero de 2020, en el caso N.D y N.T contra España (recursos acumulados 8675/15 y 8697/15) y por la que el Alto Tribunal Europeo modifica su anterior doctrina²¹⁹ al autorizar ahora las devoluciones en caliente. El fallo de esta última sentencia considera que, al realizar la devolución sumario de dos inmigrantes subsaharianos que saltaron la valla de Melilla en 2014, la nación española no viola la prohibición de realizar expulsiones colectivas de la Convención Europea de Derechos Humanos, ni tampoco el artículo 13 sobre el derecho a un recurso efectivo.

El Tribunal Europeo considera que los demandantes se pusieron en una situación ilegal cuando, de forma deliberada, decidieron entrar en territorio español el 13 de agosto de 2014 de forma no autorizada al escalar las vallas que rodean el enclave español de Melilla en la costa norteafricana. Dado que disponían sobre el terreno de varias vías para solicitar una entrada regular en España, se entiende que al no usar los procedimientos legales queda respaldada la decisión de arresto por la Guardia Civil y su devolución inmediata²²⁰, sin que quepa

218. Ver MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras»... *op. cit.*, p. 27 en su versión digital.

219. En la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de octubre de 2017, N.D y N.T contra España se planteaba planteada una demanda por dos inmigrantes, uno de nacionalidad maliense y el otro marfileño. Ambos interpusieron las demandas el día 12 de febrero de 2015 en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales («el Convenio»). La Sala a la que fueron turnadas las demandas accedió a la solicitud de no divulgación de sus identidades formuladas por los demandantes (artículo 47 § 4 del Reglamento de Procedimiento del TEDH). Los dos demandantes alegaban, de una parte, una violación del artículo 3 y del artículo 13 del Convenio, de estos dos artículos puestos en relación entre sí, del artículo 4 del Protocolo n.º 4 y, de otra, una vulneración del artículo 13 puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo n.º 4. En una línea protectora con los derechos fundamentales de las personas migrantes, el TEDH entendió en 2017 que las «devoluciones en caliente» desde las Ciudades de Ceuta y Melilla son ilegales. Por lo que, este tribunal ha declarado que el Gobierno español ha cometido dos importantes violaciones. De un lado, una primera vulneración del art. 4 del Protocolo n.º 4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en donde se explicita que «quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros». Y, de otro, se ha producido una violación del artículo 13 del mismo Convenio, en relación con el artículo 4 del protocolo n.º 4 al Convenio. En efecto, en virtud del artículo 13 se entiende que «Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

220. A este respecto, las autoridades españolas se suelen guiar por el concepto de «frontera operativa» consolidado desde el año 2005. Siguiendo este concepto, la Ley de Extranjería se aplica únicamente cuando un ciudadano de un tercer país ha cruzado con éxito la última de las tres vallas. Mientras permanezcan entre las vallas o suban la tercera valla cerca del territorio español, se considera que no han llegado a España, incluso si los agentes españoles les ayudan a bajar de la tercera valla. Por lo tanto, en el presente caso, se entiende que los migrantes no se encontrarían en la jurisdicción de España, por lo que no cabría aplicar la legislación española. Tras una importante

consulta con un abogado o un médico. En otras palabras, para el TEDH queda probado que «la falta de un procedimiento individualizado» para su expulsión se produce como consecuencia de la propia actuación de los demandantes, por lo que no cabe hacer responsable al Estado de la falta de un recurso legal en Melilla que les permitiera impugnar esa expulsión.

Claramente resulta contraria con los derechos humanos esta demoledora sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puesto que procede a autorizar las expulsiones colectivas de inmigrantes sin analizar las necesidades de protección y las circunstancias en las que se encuentran estas personas. No se tienen en cuenta los derechos, ni tampoco si las personas que han saltado la valla son refugiadas. Por lo que, lamentablemente, se sienta un precedente muy negativo al avalar las devoluciones en caliente, al tiempo que se niega el derecho que tienen todas las personas migrantes y refugiadas a acceder a un procedimiento individualizado de asilo, así como a un recurso efectivo y a la protección internacional. No cabe duda que con esta sentencia de 13 de febrero de 2020, el TEDH está contradiciendo la Convención de Ginebra de 1951 en la que se indica que «no debe de penalizarse a alguien que huye por haber entrado de manera irregular».

Tal y como expone en la mencionada sentencia el TEDH, existen tres posibilidades de acceso, por vía legal, al territorio español: 1) A través de visado laboral en el consulado español del territorio de origen del inmigrante; 2) solicitando el traslado a España en las embajadas españolas y, finalmente, 3) pidiendo el acceso a las oficinas habilitadas al efecto. Precisamente, esta última fue la vía que utilizaron los demandantes y la cual quedó frustrada por la actuación de las Fuerzas de Seguridad sitas en Melilla. Por lo tanto, ¿cómo cabe solicitar protección internacional si se niega la entrada? No se entiende como desconociendo completamente la realidad, el Tribunal Europeo comete al absurdo de avalar una actuación punitiva sin ofrecer garantías judiciales y respeto a los derechos fundamentales.

Tras este inapelable pronunciamiento, muy probablemente el Tribunal Constitucional español cambiará su proyecto de sentencia sobre la ley de seguridad ciudadana y aceptará las expulsiones en caliente para así adaptar la norma a la sentencia del TEDH. Recuérdese que, tras una importante decisión del TEDH dictada en 7 julio de 2015, España ya modificó la Ley de Extranjería para poder regular las «devoluciones en caliente» de quienes cruzan la frontera de manera ilegal en sus enclaves de Ceuta y Melilla. En consecuencia, la Ley de Protección de la seguridad ciudadana del 30 de marzo de 2015 estableció la disposición adicional décima a la Ley de Extranjería que regula las «devoluciones en caliente» bajo el concepto de «rechazo en la frontera», una disposición que actualmente está siendo examinada por el Tribunal Constitucional. Esta disposición declara lo siguiente:»1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de

decisión del TEDH, dictada en 7 julio de 2015, España ya modificó la Ley de Extranjería para poder regular las «devoluciones en caliente» de quienes cruzan la frontera de manera ilegal en sus enclaves de Ceuta y Melilla.

la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos (vallas) para cruzar irregularmente la frontera, podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares autorizados para este propósito y se procesarán de acuerdo con las obligaciones de protección internacional».

En la tradición del constitucionalismo democrático-social debe superarse el enfoque de las políticas migratorias de control de flujos como una realidad económica o de lógica mercantilista, de modo que se fomente la configuración de un Estatuto jurídico social del inmigrante como persona y, por tanto, como ciudadano nacional²²¹. Lo que, sin lugar a dudas, daría lugar al nacimiento de una ciudadanía inclusiva que pasa por la garantía y el respeto a los Derechos fundamentales y, en particular, a la garantía social de los derechos de Seguridad Social de los asilados y refugiados²²².

2. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

A nivel europeo cabe destacar dos importantes instrumentos normativos que se insertan dentro de la lógica garantista de los derechos de Seguridad Social (entendiendo integrada dentro de ésta a las prestaciones por dependencia), de un lado, la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (BOE de 26 de Junio de 1980) y, de otro, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). Ambos textos son conscientes de la necesidad de conseguir una igualdad de trato entre los nacionales y los ciudadanos de terceros países independientemente de cuál sea el motivo que origine el desplazamiento que efectuasen estos últimos. No obstante, este principio de política social se ha visto ya limitado por ese concepto de ciudadanía exclusiva y excluyente que exige como condición *sine qua non* para la atribución o dotación de derechos de protección social el requisito de residente (para lo cual el extranjero deberá desarrollar una actividad profesional). En este sentido, el principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad (al que tanto se aspira lograr el colectivo

221. En esta línea camina la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares de 1990 y algunos convenios de la OIT.

222. «Se debe combinar la ciudadanía nacional con otras formas de ciudadanía supranacional que permitan la dotación efectiva de derechos para todos... El concepto de “ciudadanía post-nacional” carece de un marco jurídico adecuado para garantizar los valores sustanciales de la ciudadanía, avanzando así hacia la noción de ciudadanía cosmopolita (sobre la base del respeto a las identidades nacionales y la vinculación de la ciudadanía a los Derechos Humanos)». Ver MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras»... *op. cit.*, p. 27 en su versión digital.

europeo) conoce de determinadas excepciones respecto de las personas que residen legalmente en el espacio de la Unión, pues el derecho a la igualdad ha sido precisado por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004²²³ en donde se establece que durante los tres primeros meses de residencia, o durante un período más largo, los Estados miembros no están obligados a reconocer el derecho a prestaciones de dependencia a ciudadanos de la UE distintos de los asalariados, autónomos o que mantengan esa condición, así como a los miembros de sus familias (salvo que adquieran la residencia permanente).

En principio la política migratoria de la UE no se dirige tanto a la articulación de mecanismos de derechos o de protección social²²⁴, sino más bien al control de las fronteras para restringir el acceso de los nacionales de terceros países²²⁵. Ahora bien, lo que es evidente es que una vez que éstos acceden se genera una dinámica hacia una más intensa integración gracias al establecimiento de los principios de solidaridad y reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados comunitarios (Artículo 80 del TFUE), para lo cual se adoptarán las reglas que sean necesarias para facilitar su aplicación.

Así pues, la Carta Social Europea establece que «la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales» (Artículo 34.1). Sin embargo, por otra parte, insiste en el concepto de «residencia» al reconocer que «Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales» (Artículo 34.2). Y es que «con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales» (Artículo 34.3). Por todo

223. Relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

224. Ello supone desnaturalizar los Derechos Fundamentales, pues la garantía que debe imperar aquí no sólo debe ser jurídico, sino también efectuada en la «realidad social». En otras palabras, se exige el establecimiento de todo un engranaje de medidas a fin de observarse la puesta en práctica de los Derechos Fundamentales por parte de los actores públicos y privados. Ver MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 34, 2013, p. 35 en su versión digital.

225. Véase, a este respecto, el Capítulo dos, del Título V del Tratado de Funcionamiento de la UE (artículos 77 a 80) sobre «Políticas de control de fronteras, asilo e inmigración».

ello, la Carta deja claro que el ejercicio de estos derechos depende «las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión, la legislación y las prácticas nacionales», de modo que su aplicación efectiva atiende, por el momento, a lo predispuesto en los sistemas nacionales de Seguridad Social (las prestaciones de Seguridad Social continúan estando «nacionalizadas», sin que existe un umbral mínimo o basamento mínimo de armonización legislativa comunitaria en esta materia). La coordinación intracomunitaria es la técnica legislativa instrumental (forma de «gobernanza legislativa suave», pero fuerte en la dimensión de política del Derecho) que podría evitar (o al menos atenuar) los impedimentos para la aplicación de las distintas legislaciones nacionales de Seguridad Social a los trabajadores en el espacio de la UE²²⁶.

Dentro del proceso de integración de asilados y refugiados se encuentra la Directiva 2011/95/UE, de 13 de diciembre de 2011 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (publicada en el Diario Oficial de la UE de 20 de diciembre de 2011 —L 337/9—). Precisamente, en este texto, se garantizan los derechos de Seguridad Social de estas personas, pero eso sí se insiste en que «se aplicará la legislación nacional en materia de remuneración, acceso a los sistemas de seguridad social correspondientes a las actividades por cuenta propia o ajena y otras condiciones de trabajo» (Artículo 26.4).

En el momento actual, por lamentable que pueda ser, las políticas europeas de regulación de inmigrantes se mueven en un terreno movedizo (como ya se ha apuntado) entre el «deber ser» y el «ser habitual» en donde más que aplicarse los principios de solidaridad, integración e igualdad, se están llevando a cabo prácticas de expulsión y retorno voluntario. Lo cual resulta contrario a la lógica que impera a nivel internacional, así como en el estándar de protección efectiva que establece la Carta de Derechos Humanos²²⁷.

Muchos solicitantes o demandantes de asilo quedan en una situación entre paréntesis, sin derechos o a la espera de su reconocimiento, el cual a menudo nunca llega, porque la tendencia en los gobiernos —visible en la coyuntura actual en los países europeos— no es otra que endurecer las condiciones de reconocimiento y la restricción, en caso de hacerlo, de los derechos que se le atribuyen. El solicitante de asilo se ve obligado a trabajar en la economía sumergida sufriendo así privaciones y situaciones de precariedad laboral debido a que no

226. MONEREO PÉREZ, J.L.: «El derecho a la Seguridad Social y a la ayuda social», en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007, pp. 893 y siguientes.

227. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 41, 2016, pp. 1 y siguientes.

puede conseguir empleo en la economía legal o regular²²⁸. Deplorable es, quizás, el término que mejor define la situación de todas aquellas personas que se ven abocadas a vivir en una espiral de pobreza y trabajo irregular a la espera de un empleo digno, moviéndose así en un terreno movedizo entre la legalidad y el fraude al sistema de Seguridad Social. Y es que, a día de hoy, el empleo sumergido y el fraude constituyen elementos centrales que inciden en la crisis de financiación del sistema de Seguridad Social y, en particular, de protección de los derechos fundamentales de todo ciudadano²²⁹(y más concretamente, de los derechos a la protección social, asistencia social y servicios sociales). Principalmente, la situación de estos colectivos se hace más vulnerable cuando afecta a «inmigrantes indocumentados, ilegales o irregulares» a quienes aunque en la práctica ordinaria se les reconozca derechos generales como persona (incluidos ciertos derechos de Seguridad Social) en la realidad carecen, por el contrario, de derechos económicos, sociales y políticos. Así pues, en materia de previsión social, únicamente las medidas asistenciales de las que podrán disfrutar son las propias de la Seguridad Social contributiva. Por lo que, en el fondo del asunto, a lo que está conduciendo todo este catálogo incompleto de medidas es a la implantación del principio de que «el trabajo sí es una mercancía», en contraposición con lo que establece la Declaración de Filadelfia, 1944, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, 1998, y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008²³⁰.

2.1. Asistencia social *versus* Seguridad Social a la luz de los reglamentos de coordinación y de la Directiva 2004/38/CE

El principal problema que aparece en el colectivo comunitario a la hora de reconocer o no las prestaciones sociales radica en torno a la diferenciación entre Seguridad Social y Asistencia Social. La difícil tarea de deslinde entre uno y otro propicia que las fronteras entre ambas se hayan desdibujado. De igual modo, tampoco resulta nada fácil definir los conceptos de prestaciones contributivas y no contributivas, de ahí que para saber si una prestación se encuentra o no incluida en el campo de aplicación de los Reglamentos de coordinación los tribu-

228. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados»... *op. cit.*, pp. 18 y siguientes.

229. LÓPEZ INSUA, B.M.: «La lucha contra la precarización en el empleo desde la perspectiva de la Seguridad Social: desempleo o supervivencia en un contexto de crisis económica y social», *IUSLabour*, n.º 1, 2016, p. 3.

230. Véase el Preámbulo de la Recomendación OIT, núm. 204, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, adoptada por la Conferencia en su 104.ª reunión, el 12 de junio de 2015 en Ginebra. En MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados»... *op. cit.*, p. 19.

nales hayan de guiarse por el principio de condición más favorable (artículo 48 del TFUE). Siendo, por tanto, reconocidas como tales aquellas concedidas legalmente a sus beneficiarios y referidas a alguno de los riesgos que recoge el Reglamento 883/2004.

No obstante, todo este entramado se complica aún más en la práctica debido al juego que los tribunales hacen unas veces aplicando el Reglamento 883/2004²³¹ y, otras, añadiendo el plus que recoge la Directiva 2004/38/CE, el cual permite que los Estados miembro imponga a sus ciudadanos inactivos límites o restricciones para el disfrute de las prestaciones sociales por razón del requisito de «residencia»²³².

Ante un momento de gran inestabilidad política y social en todo el ámbito de la UE como consecuencia de factores tales como: la aplicación de una política de ajustes ante la grave situación de recesión económica, los crecientes niveles de desempleo, la amenaza terrorista y la crisis de refugiados; el Reino Unido retoma en 2013 de la mano del primer Ministro David Cameron un debate acerca de la permanencia del país en la Unión. No se trata de un primer intento, pues ya en el año 1975 se había celebrado un primer referéndum sobre la permanencia del país en la Comunidad Económica Europea, la cual finalizó con resultados favorables a la permanencia.

El peligro que para la sociedad británica suponía la gran oleada de inmigrantes que ya soporta fue determinante para que ésta vaticinara importantes cambios en los ámbitos objetivos y subjetivos de la libre circulación de trabajadores. Y es que, para muchos nacionales de otros Estados europeos, Inglaterra era vista como la «tierra prometida» para escapar de la situación de crisis económica, buscar empleo o estudiar inglés. Sin embargo, los resultados del referéndum no vinculante que, el 23 de junio de 2016, se celebró no eran los que esperaba el primer Ministro. De ahí que, en octubre de ese mismo año, Cameron dimitiera de su cargo argumentando así que un liderazgo fresco debe llevar al país a la opción elegida en la votación²³³. No obstante a lo anterior, cabe destacar que pocos meses antes del anuncio del referéndum en 2013, la Comisión Europea publicó un comunicado sobre «Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de

231. Ver la sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2013. Asunto C-140/12 y la sentencia de 15 de septiembre de 2015. Asunto C-67/14.

232. Ver la STJUE de 11 de noviembre de 2014. Asunto C-333/13. STJUE de 25 de febrero de 2016. Asunto C-299/14.

233. Tras un referéndum celebrado el 23 de junio de 2016 en el que el 51,9 por ciento de los votantes apoyó abandonar la Unión Europea, el Gobierno británico invocó el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, iniciando un proceso de dos años que debía concluir con la salida del Reino Unido el 29 de marzo de 2019. Ese plazo fue prorrogado en primer término hasta el 12 de abril de 2019. El plazo volvió a ser prorrogado hasta el 31 de octubre de 2019. Por tercera y última vez, el plazo volvió a ser prorrogado hasta el 31 de enero de 2020. Pasada esa fecha, tras haberse aprobado definitivamente el Acuerdo de Retirada a las 00:00 horas del viernes 31 de enero, Reino Unido abandonó automáticamente la Unión Europea a las 23:00 horas (hora británica) de dicho día. En virtud de dicho acuerdo, habrá un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2020 por el cual Reino Unido se mantendrá en el mercado europeo y los ciudadanos y las empresas no notarán diferencias.

sus familiares: cinco medidas clave». Tras toda una declaración de principios, sorprendentemente, la Comisión se pone del lado del Reino Unido al aceptar que ésta pueda imponer límites a la libre circulación de trabajadores. En esta misma línea, el Consejo de Europa se pronuncia en 2016 en el ámbito de la libre circulación de trabajadores y lo hace anunciando una propuesta de modificación del Reglamento (UE) 492/2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. En ella se contendrá un mecanismo de alerta y garantía que responda a situaciones de flujos de entrada de trabajadores procedentes de otros Estados miembros de una magnitud excepcional durante un período prolongado. Igualmente, el 13 de diciembre de 2016, la Comisión presenta una propuesta de reforma del Reglamento 2004/38/CE a fin de clarificar, por razones de seguridad jurídica y transparencia, las circunstancias en las cuales un Estado comunitario puede limitar el acceso a las prestaciones sociales por parte de ciudadanos europeos económicamente inactivos. En este sentido, se propone añadir un inciso segundo al artículo 4 del mencionado reglamento para así condicionar el requisito de la «residencia» legal a la hora del acceso a las prestaciones sociales (tal y como ya indica la Directiva 2004/38). Lo cual refuerza inevitablemente la idea fuerza de una Europa a distintos niveles en donde se distingue entre ciudadanos de primera, segunda y tercera clase.

En estos momentos de enorme tensión, se produce el debate en sede judicial ante el TJUE en la sentencia de 14 de junio de 2016, asunto C-308/14, Caso Comisión versus Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en donde se debate la aplicación de los Reglamentos de Coordinación o, en su caso, la Directiva 2004/38/CE. En este asunto, el TJUE trata de enjuiciar acerca de los complementos familiares del art. 141 de la Ley de 1992 (*child benefit*) en materia de cotizaciones y prestaciones de Seguridad Social, por los que toda persona con uno o más hijos menores o un joven que tenga la consideración de hijo a cargo durante la semana que se trate tiene derecho a determinadas prestaciones correspondientes a esa semana por cada uno de los hijos o joven. Y, de igual modo, también se debate la aplicación o no del crédito fiscal por hijo a cargo de la Ley 2002 (*child tax credit*), financiado mediante impuestos y por el que se ayudaba a las familias por una prestación social única que englobaba otras.

De manera insólita y manteniendo la línea ya inicia en las sentencias Dano y García Nieto, el TJUE considera que las prestaciones sociales controvertidas forman parte de la asistencia social y, por ello, a fin de preservar la Hacienda Pública nacional británica se permite al Reino Unido que pueda limitar el acceso a dichas prestaciones familiares siempre que el solicitante no tenga derecho a la residencia en los términos que establece la legislación nacional. Por ello, aunque esta normativa favorezca de forma indirecta a los nacionales del propio Estado, frente a otros condicionantes menos fáciles o más gravosos para tener tal derecho para quienes no lo son, lo cierto es que se le da primacía al derecho nacional. Y todo ello siempre en un marco de proporcionalidad, pues de no ser así tal restricción sería inadmisibles desde el derecho de la Unión Europea.

Ante este contexto de incertidumbre, lo cierto es que muchos nacionales comunitarios se plantean el interrogante relativo a qué pasará con las cotizacio-

nes sociales efectuadas en el Reino Unido. La respuesta a esta pregunta no es unánime, pues todo dependerá de los acuerdos (o convenios) que en materia de Seguridad Social suscriban los distintos gobiernos con el Reino Unido o, al menos, la UE con el país británico (de acuerdo con el apartado 2 del artículo 50 del Tratado de la UE)²³⁴. En principio lo que se pretende conseguir es la garantía de exportabilidad de dichas cotizaciones (a efectos prestacionales) de forma que las mismas se disfruten en el país de origen del trabajador emigrante. De no ser así, las consecuencias serían muy gravosas para los trabajadores ya que no podrían computarse las cotizaciones efectuadas en cada país a efectos del otro, por lo que únicamente se accedería a las cotizaciones ingresadas bien en España o bien en el Reino Unido. Ello restringiría claramente el derecho fundamental a la libre circulación de trabajadores. En el caso de las pensiones de jubilación las consecuencias se vuelven especialmente perjudiciales, en cuanto que limita el acceso a las mismas poniendo así en peligro el derecho a una pensión digna. Ahora bien, cuando se trata de la cobertura sanitaria, no cabe tampoco menospreciar los efectos negativos. Y es que dificultar el acceso a la atención sanitaria y acotarla sólo a situaciones de urgencia, atenta gravemente a un derecho fundamental considerado universal. Por lo tanto, ¿dónde queda el sistema de protección de todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad? Ciertamente, el desmoronamiento de los cimientos mismos que sustentan a los sistemas de Seguridad Social europeos está en apogeo, lo cual resulta alarmante en la difícil coyuntura del siglo veintiuno en la que nos encontramos.

En marzo de 2019 se indicó que, para todos los ciudadanos europeos que deseen residir, trabajar o estudiar (o seguir haciéndolo) en el Reino Unido deberán pasar, obligatoriamente, por un nuevo procedimiento del Ministerio del Interior británico (*Home Office*) llamado «EU Settlement Scheme». En base al «EU Settlement Scheme», se otorgarán dos estatus:

- Todos aquellos ciudadanos de la UE y sus familiares que lleven residiendo más de 5 años en Reino Unido de forma continua obtendrán el «settled status» o permiso de residencia indefinido (con algunas excepciones a la regla de los 5 años de residencia).
- Aquellos ciudadanos de la UE y familiares que no hayan acumulado 5 años de residencia continua podrán solicitar el «pre-settled status» o permiso de residencia temporal, hasta que cumplan los 5 años de residencia. Aquellos ciudadanos que obtengan el «pre-settled status», cuando hayan alcanzado los 5 años de residencia continua en el Reino Unido, deberán intercambiar dicha residencia temporal por el «settled status» (es necesario solicitar el «settled status» antes de que el «pre-settled status expire»).

234. Cabe señalar que la Unión Europea ha negociado con Reino Unido un Acuerdo de Retirada que habilita un período transitorio durante el cual se mantienen los derechos de los ciudadanos conforme al acervo comunitario. Ante la eventualidad de que Reino Unido pasara a ser un tercer Estado, los ciudadanos deben conocer las consecuencias derivadas de la salida de Reino Unido de la Unión Europea.

Durante el periodo transitorio (que finaliza el 31 de enero de 2020) la legislación comunitaria y los principios de libre circulación han seguido siendo de aplicación. Por lo que, durante ese periodo, los derechos de los ciudadanos de la UE en el Reino Unido han permanecido inalterados.

Desde el 1 de Febrero de 2020, el Reino Unido ya no es miembro de la UE. No obstante, en cuanto a los acuerdos de retirada y de relaciones entre el país británico y el colectivo comunitario cabe indicar que en noviembre de 2018, se publicó ya el Proyecto de Acuerdo de Retirada, el cual fue negociado entre el Gobierno del Reino Unido y la UE. La Cámara de los Comunes votó en contra del acuerdo²³⁵ el 15 de enero de 2019 y, nuevamente, el 12 de marzo con un margen de 391 a 242 en contra del acuerdo.

El 14 de marzo de 2019, la Cámara de los Comunes votó para que Theresa May (quien fue primera ministra del Reino Unido desde el 13 de julio de 2016 hasta el 24 de julio de 2019) le solicite a la UE una extensión del período permitido para la negociación. Miembros de toda la Cámara de los Comunes rechazaron el acuerdo. Los líderes sindicales exigieron que cualquier acuerdo debe mantener una unión aduanera y un mercado único. Finalmente, Theresa May acabó dimitiendo en julio de 2019 y fue sustituida por Boris Johnson, quien actualmente ocupa el cargo de Primer Ministro del Reino Unido.

A pesar de haberse negociado ya un acuerdo entre el Reino Unido y la Unión Europea, lo cierto es que todavía reina un estado de incertidumbre para los comunitarios —ahora inmigrantes— que desarrollan su actividad profesional en el Estado inglés. La «Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido» (2020/C 34/1)²³⁶ pretende establecer el marco de cooperación entre el Reino Unido y la UE, aunque lo cierto es que deja muchos temas a manos de las de las decisiones bilaterales que se adopten entre la nación británica y los distintos Estados comunitarios. Así se indica en el punto 18 de la Parte II de la «Declaración» de 31 de enero de 2020 al exponer: «Las Partes conservarán su autonomía y la capacidad de regular la actividad económica aplicando los niveles de protección que cada una considere adecuados para alcanzar objetivos legítimos de política pública, como la salud pública, la salud y el bienestar de los animales, los servicios sociales, la educación pública, la seguridad, el medio ambiente, en particular el cambio climático, la moral pública, la protección social o de los consumidores, la privacidad y la protección de datos, y la promoción y la protección de la diversidad cultural...». Por lo tanto, queda todavía por ver los efectos o consecuencias que tenga el Brexit para los ciudadanos europeos.

En la declaración (2020/C 34/1) o también llamado «acuerdo de retirada» se hace referencia y se insiste en la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores, de forma que siempre se respeten los derechos humanos y las liber-

235. Por un margen de 432 a 202 (la mayor derrota parlamentaria en la historia para un gobierno del Reino Unido en funciones).

236. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 31 de enero de 2020 (C 34/1).

tades fundamentales, así como los principios democráticos²³⁷. Todo ello como compromiso de mantenimiento de las normas europeas que vinculan al reino Unido y que seguirán siendo de aplicación, a saber: el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A este respecto, en materia de movilidad (punto IX de la declaración entre el Reino Unido y la UE), se rompe con el principio de libre circulación de personas, de modo que se exigirá la exención de visado para poder visitar el Reino Unido. No obstante, en los casos de desarrollo de una actividad profesional, estudio, formación o intercambio de estudiantes (es decir, de una estancia de larga duración), se establecerán las condiciones para la entrada y permanencia en el territorio británico. La lógica que impera es controlar las fronteras de forma que se tenga constancia del número de personas que residen en el territorio nacional, razones y el periodo de desarrollo de una actividad profesional. Evidentemente, para el desarrollo de actividades empresariales también se imponen límites para la entrada y salida que quedan condicionados a los requisitos que se establezca por parte de la legislación y reglamentos nacionales por los que se regulen la entrada, estancia y empleo en el Reino Unido.

Evidentemente, la intención del país británico es frenar la inmigración y especialmente la «ilegal», pero sin que ello suponga una violación de los derechos fundamentales (apartado D y punto 90 de la Parte III. «Política exterior, seguridad y defensa» del «Acuerdo de Retirada» de 31 de enero de 2020). Para ello la nación inglesa se compromete a «abordar las causas y consecuencias» que motivan esa inmigración ilegal, al tiempo que protege a los más vulnerables. En particular esa cooperación se materializa en lo siguiente: «a) la cooperación operativa con Europol para luchar contra la inmigración ilegal organizada; b) la colaboración con la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas para reforzar la frontera exterior de la Unión; y c) el diálogo sobre objetivos comunes y cooperación, en particular en terceros países y en foros internacionales, para hacer frente a la migración ilegal desde su origen».

2.2. Asistencia social y servicios sociales para inmigrantes en España

La Directiva 2011/95/CE establece un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con protección subsidiaria, lo que junto al contenido de la protección básica (la cual deberá venir determinada por cada uno de los Estados miembro) se le añaden otras normativas reguladoras de la política de asilo en Europa²³⁸.

237. Véase «Introducción» puntos 2 y 3 de la «Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido» (2020/C 34/1). De igual modo, se persevera en esta idea en la primera parte de la declaración y, en concreto, en el apunto 6 relativo a los «Valores y derechos fundamentales».

238. A saber: la Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, Directiva 2013/33/UE, sobre normas para la

A este respecto, el artículo 29 en sus apartados 1 y 2 de la Directiva reconoce que: «Los Estados miembros velarán por que los beneficiarios de protección internacional reciban, en el Estado miembro que les haya concedido tal protección, la asistencia social necesaria, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado miembro. No obstante lo dispuesto en la norma general establecida en el apartado 1, los Estados miembros podrán limitar la asistencia social concedida a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria a las prestaciones básicas, que, en dicho caso, se ofrecerán en el mismo nivel y según los mismos requisitos que a sus propios nacionales».

En principio, para el ordenamiento jurídico español el derecho al asilo queda regulado por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y protección subsidiaria²³⁹. Normativa a través de la cual se desarrolla el mandato previsto por el artículo 13.4 de la Constitución Española: «La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España».

En este sentido y en lo que respecta a la materia de protección social, la normativa de 2009 establece en su artículo 30 que: «Se proporcionará a las personas solicitantes de protección internacional, siempre que carezcan de recursos económicos, los servicios sociales y de acogida necesarios con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad, sin perjuicio, en tanto que extranjeros, de lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en su normativa de desarrollo». Por lo tanto, queda claro que en esta Ley 12/2009 de nuevo se reitera en aquella previsión que, posteriormente, se recogerá por parte de la Directiva 2011/95/CE sin que, en ningún momento, se defina ante qué tipo de derechos y protección básica se está. Y es que, de conformidad con lo previsto por la CE, la asistencia social y los servicios sociales no alcanzan el rango de derecho fundamental constitucional, ni tampoco de principios rectores de la política social, ya que sólo se hace mención subjetiva a sendos derechos para referirse a las personas de la tercera edad en el artículo 50 de la Carta Magna²⁴⁰: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia eco-

acogida de los solicitantes de protección internacional, Reglamento 603/2013/UE, relativo a EURODAC, Reglamento 604/2013/UE, sobre determinación del Estado miembro responsable de examinar la solicitud (Dublín III)... En el mismo se parte de la consideración de que una política común en el ámbito del asilo, que incluya un Sistema Europeo Común de Asilo, forma parte constitutiva del objetivo de la Unión Europea de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia abierto a los que, impulsados por las circunstancias, busquen legítimamente protección en la Unión. Una política de esta naturaleza debe regirse por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto de los costes económico-financieros de la gestión. Ver En MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados»... *op. cit.*, p. 28 en su versión digital.

239. BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2009.

240. ALEMÁN BRACHO, C.: «Los servicios sociales en la democracia» en *Fundamentos de servicios sociales*, VV.AA, ALEMÁN BRACHO, C. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 186- 190.

nómica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

Esta formalidad obliga a reconducir interpretativamente los servicios sociales por medio de la asistencia social, por más que técnicamente desde el campo doctrinal se haya tratado de diferenciar. Sin embargo, cabe admitir, que ambos son conceptos que comparten claras semejanzas y finalidades de fondo²⁴¹. Así pues, de una parte, la asistencia social hace referencia a las prestaciones individualizadas que atienden a las necesidades básicas de las personas sin recursos suficientes, mientras que los servicios sociales son prestaciones técnicamente tipificables dirigidas a todas las personas pudiendo particularizar éstas en colectivos concretos atendiendo a sus necesidades específicas²⁴². De acuerdo con esta diferenciación las personas extranjeras (y más concretamente los asilados y refugiados) podrán estar protegidas por una u otra vía dependiendo de sus circunstancias concretas y específicas²⁴³.

La interpretación terminológica de ambos conceptos ha originado una compleja descentralización de los servicios sociales y prestaciones asistenciales que podrán desarrollarse en el Estado español, colocando así como grandes protagonistas en toda esta escena a las distintas Comunidades Autónomas (Artículo 148.1.20 CE). De acuerdo con el mandado constitucional de distribución de competencias las CCAA ya han matizado, condicionado y limitado el acceso de los extranjeros a estos servicios y prestaciones sociales con el único fin de garantizar el acceso a las mismas en condiciones de equidad²⁴⁴. Ahora bien, esto no implica que pueda generarse diferencias de trato en la titularidad y en el ejercicio de las mismas sino que, como bien expone el artículo 30 de la Ley 12/2009, se habrá de estar a lo previsto por la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOEXIS).

En la LOEXIS el artículo 14 incluye, junto a los derechos de Seguridad Social, los Servicios Sociales. Esto conlleva entender, en primer lugar, que se tratan éstos de unos derechos de protección externa al sistema de Seguridad Social que deberían aparecer de forma independiente al derecho de Seguridad social y, en segundo lugar, se enuncia al artículo 14 con un título incompleto en cuanto que

241. ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «Servicios sociales» y DE LA VILLA GIL, L.E.: «Asistencia social» ambos en *Enciclopedia laboral básica «Alfredo Montoya Melgar»*, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. Y AGUILERA IZQUIERDO, R (Dir. y Coord), Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 1283- 1286 y 203 -206.

242. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «La protección social de los extranjeros en España», *Aranzadi Social*, Tomo V, 2011, p. 1292.

243. TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2012, p. 417.

244. MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales», en VV.AA.: *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, MONEREO PÉREZ, J.L; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., Comares, Granada, 2012, p. 264.

junto a los servicios sociales se deberían haber incluido las prestaciones sociales (tal y como especifican los apartados 2 y 3 del artículo 14)²⁴⁵.

La evolución que ha seguido estos derechos no ha sido, para nada, pacífica. Y que tras diversas reformas legislativas, la LOEXIs continua manteniendo el disfrute de estos derechos tan sólo para los residentes en situación administrativa regular (excluyendo así a los extranjeros en situación irregular). Por lo que, siempre que el ciudadano de terceros países solicitantes de asilo o refugio en España cumpla con los requisitos que se establecen en el Título II (relativo a las reglas procedimentales para el reconocimiento de protección internacional), Capítulo I —artículos 16 a 22— y Capítulo II —artículo 23 a 29— podrá «siempre que carezcan de recursos económicos» acceder a los servicios sociales y de acogida necesarios con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad (Artículo 30 de la Ley 12/2009). Ahora bien, cabe tener en cuenta que «Los servicios sociales y de acogida específicamente destinados a las personas solicitantes de protección internacional se determinarán reglamentariamente por el Ministerio competente» (Art. 30.2 de la Ley 12/2009). A este respecto, cabe llamar la atención de lo preceptuado por el artículo 31.1 y 2 (intitulado «acogida de los solicitantes de protección internacional) de la Ley de asilo en España, a saber: 1. Los servicios de acogida, su definición, disponibilidad, programas y servicios, específicamente destinados a aquellas personas que soliciten protección internacional, se determinarán reglamentariamente por el Ministerio competente para atender las necesidades básicas de estas personas. La acogida se realizará, principalmente, a través de los centros propios del Ministerio competente y de aquéllos que sean subvencionados a organizaciones no gubernamentales. Los servicios, ayudas y prestaciones del programa de acogida podrán ser diferentes cuando así lo requiera el procedimiento de asilo o sea conveniente la evaluación de las necesidades de la persona solicitante o se encuentre detenida o en las dependencias de un puesto fronterizo».

Por todo ello, queda claro que los servicios sociales y asistenciales que proporciona el Estado español se harán extensibles a todas las personas extranjeras que residan conforme a la legalidad vigente, siendo pues las prestaciones de las que podrán disfrutar las generales, básicas, específicas y vitales para cubrir sus necesidades mínimas. Ahora bien, respecto de los extranjeros en situación irregular la LOEXIs tan sólo dice que «... tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas» (Art. 14.3). No obstante, este modelo general podrá ser modulado, limitado y restringido dependiendo de la CCAA en donde resida la persona refugiada. Por lo que, determinar qué prestaciones sociales son básicas y cuáles específicas será una cuestión que dependerá de cada CCAA²⁴⁶, pues

245. MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales»... *op. cit.*, páginas 262 y 263. TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes...* *op. cit.*, p. 419.

246. TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes...* *op. cit.*, p. 421.

tanto la LO 4/2000, como su reglamento de desarrollo guardan un absoluto silencio en esta materia²⁴⁷.

Pese a estos aspectos, por el contrario, la LOEXIs si ha experimentado una ampliación y concreción de su ámbito subjetivo en el último inciso del artículo 14.2 en donde, la vigente LO 4/2000, configura a la asistencia social y a los servicios sociales como verdaderos derechos sociales fundamentales para la ciudadanía extranjera con discapacidad o menores de 18 años (independientemente de su estado físico y psíquico). En este sentido, se deberán entender incluidos los directamente relacionados con la situación de dependencia que presente el menor como consecuencia de su discapacidad e independientemente de su situación administrativa, de acuerdo con lo establecido por la actual Ley 39/2006, de Promoción de la autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia (en adelante LAAD). Normativa esta última en la cual, claramente, el artículo 5.2 preceptúa que «... Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los tratados internacionales»²⁴⁸.

3. LA PROTECCIÓN POR DEPENDENCIA: PROBLEMÁTICA GENERAL Y SISTEMAS DE COORDINACIÓN COMUNITARIA

En todas las sociedades ha habido siempre una parte de la población que por razones varias (de edad, enfermedad o discapacidad) ha necesitado, con mayor o menor intensidad, la asistencia de terceras personas para ver colmadas sus necesidades vitales y cotidianas. A día de hoy, este fenómeno se ha asentado de manera casi definitiva en la sociedad contemporánea debido a factores tales como: el envejecimiento de la población, la supervivencia de enfermedades crónicas, incremento de dolencias invalidantes en mayores de 65 años y el aumento de la siniestralidad laboral. El proceso de envejecimiento demográfico está golpeando de forma imparable en todos los continentes, pero sin lugar a dudas

247. La doctrina científica critica duramente esta ausencia o laguna legislativa al considerar que si lo que pretende la LOEXIs es, precisamente, el fomento de una efectiva integración social de las personas extranjeras lo que no se puede es dejar en manos de la discrecionalidad normativa de las distintas CCAA la determinación de los servicios y prestaciones sociales básicas y específicas. La concreción de qué necesidades se han de cubrir frente a aquellas que no genera situaciones de desigualdad entre la población lo que conduce a una clara inseguridad jurídica y vulneración del principio de igualdad. Ver GRANADOS ROMERA, M^a I.: «Trabajadores extranjeros, servicios y asistencia social», en *Protección jurídica-social de los trabajadores extranjeros*, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), TRIGUEIRO MARTÍNEZ, L.A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A (Coords.), Comares, Granada 2010, p. 314.

248. Se refiere, en concreto, a la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. En sendas normativas se establece, con carácter específico, los derechos del menor impedido mental y físicamente a recibir cuidados especiales y, de forma más general, que los menores gozarán de los derechos garantizados en el ordenamiento jurídico sin discriminación por razón de nacionalidad.

es Europa el más afectado por esta «crisis de cuidados». Así es, todos los Estados miembro han visto peligrosamente aumentadas sus listas de personas dependientes, con el consiguiente empobrecimiento en las arcas que sostienen a los distintos sistemas de protección social.

Todo apunta, a que el envejecimiento demográfico desfavorable va a continuar en los próximos años, pues no sólo ha disminuido la tasa de natalidad, sino también la proporción de personas jóvenes²⁴⁹. A lo cual hay que sumar la aparición de cambios en las estructuras familiares (cada vez hay más familias monoparentales o con pocos miembros) y sociales. En efecto, en la mayoría de las ocasiones, es la mujer la que tiene atribuida el rol de cuidado del hogar familiar, lo cual les obliga a tener que combinar su actividad laboral con el desempeño de las labores de cuidados de las personas dependientes (sistema de «doble jornada»). Lo que, al término, repercute negativamente en sus futuros derechos de pensiones²⁵⁰.

3.1. Sistemas de coordinación comunitaria aplicable a las prestaciones por dependencia

Entre las prioridades de las políticas europeas y nacionales se encuentra, sin lugar a dudas, la de alcanzar una mayor participación laboral de las mujeres, de modo que se haga frente así a todos aquellos grandes retos que tiene planteado el colectivo comunitario (así como la nación española). Se trata, en todo momento, de equilibrar las actuales tendencias demográficas mediante una recuperación de la natalidad a fin de mejorar las perspectivas adversas sobre la sostenibilidad del crecimiento económico, de la población en edad de trabajar y de los sistemas de protección social que derivan del progresivo envejecimiento de la población²⁵¹. De ahí que, con vistas a lograr dichos objetivos, se deje en manos de terceros la labor de cuidados de los mayores y personas dependientes. No es, por ello, de extrañar que haya sido precisamente el ámbito de la dependencia el que más haya generado empleo en los últimos años²⁵², al tiempo que también ha incrementado los índices de economía sumergida²⁵³.

249. <http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/lbcap1.pdf>

250. Ver Informe sobre la participación laboral de las mujeres en España publicado por el CES a fecha de 21 de diciembre de 2016 en la Sesión ordinaria del Pleno. En la misma línea, véase el comunicado de prensa de 8 de marzo de 2017 que publica Comisión Europea con motivo del día internacional de la mujer.

251. LÓPEZ INSUA, B.M.: *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.

252. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C.: «El derecho de dependencia de la Unión Europea: incidencias del derecho Comunitario en el seguro social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 77, 2008, p. 44. DURÁN BERNARDINO, M.: *La protección de las personas en situación de dependencia: balance y perspectivas de su régimen jurídico-político*, Granada, Comares, 2015.

253. De acuerdo con las exclusiones que establece el ET, en su artículo 1, no se considerará que existe relación laboral en los trabajos prestados por familiares (hasta el tercer grado) como cuidadores

Desgraciadamente la protección de la dependencia en Europa no responde, hoy por hoy, a un esquema uniforme y rígido sino que ofrece múltiples alternativas que se adaptan a cada situación o estado de necesidad. De ahí que se encuentren diferencias entre los distintos Estados integrantes del colectivo comunitario. Por lo tanto, si no es posible encontrar en Europa unos regímenes de Seguridad Social uniformizados ni armonizados, tampoco debe pretenderse hallar un sistema único para esta prestación a nivel nacional. La clara «involución» en el modelo normativo comunitario regulador de la dependencia ha sido tomada como ejemplo en el panorama jurídico español y todo ello debido a los tímidos, modestos y contradictorios pasos que desde el ámbito europeo se están dando hacia el establecimiento de unas políticas de normalización, integración social y jurídica de migrantes.

La Unión Europea apuesta firmemente por la protección de la dependencia, pese a no figurar en el catálogo de riesgos coordinados por los Reglamentos comunitarios. Lo que en la realidad demuestra cómo el sistema de los Tratados de la UE, en cuanto instrumentos jurídico-políticos de organización, determina que las competencias comunitarias se circunscriban, al respecto, al ámbito de la coordinación y no a la de la armonización²⁵⁴. La mecánica de la coordinación, en cuanto respetuosa y neutra con los sistemas nacionales, se activa sólo cuando entra en juego el elemento transfronterizo, territorial o personal. Lo que posibilita, en el campo de la dependencia, que una persona pueda recibir prestaciones, ya sean en metálico o en especie, aun cuando no se encuentre o resida en el Estado competente o en el territorio de la institución deudora de la pensión. Por

no profesionales (tégase en cuenta también el tenor literal del art. 18 de la Ley sobre Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de Dependencia - Ley 39/2006 de 14 de diciembre (en adelante, LAAD)-, así como sus normas de desarrollo (art. 1 RD 615/2007, que ha sido modificado posteriormente por el RD 175/2011). De igual modo, el art. 2.1 d) del RD 1620/2011 por el que se regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, expresamente, excluye de la misma a los cuidadores no profesionales acogidos a la Ley de Dependencia, lo que en la práctica constituye un absurdo. Y ello es porque en muchos hogares españoles, las mujeres inmigrantes son contratadas precariamente y fraudulentamente como empleadas de hogar al sistema de Seguridad Social), únicamente, a efectos de que renueven sus autorización para trabajar en España. De igual modo, existen en algunos casos situaciones de necesidad (por ejemplo: para facilitar la reagrupación familiar en el lugar en donde desarrolla ésta su actividad laboral). Haciendo uso de una interpretación amplia e incorrecta del concepto «empleadas del hogar» los titulares de la vivienda familiar utilizan a estas personas inmigrantes para que realicen no sólo tareas de limpieza en el hogar, sino para que también cuiden a personas dependientes. Ello, en sí, suple la ausencia de unos servicios públicos dignos y perpetúa el camino hacia la desigualdad por razón de sexo y étnica (constituyen ciudadanas de segunda orden).

En este sentido, llama poderosamente la atención que la misma web del Ministerio de Trabajo se afirme que entre las labores que están incluidas en este régimen se encuentran las de «Cuidado o atención de los miembros de la familia».

254. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», en VV.AA., *Migrantes y Derecho*, Murcia, Laborum, 2007, pp. 17 a 50. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de Coordinación de regímenes de Seguridad Social», VV.AA., *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Laborum, 2010, p. 34.

lo tanto, con la coordinación se pretende que las minusvalías o las deficiencias físicas, sensoriales y psíquicas no se conviertan en obstáculos o barreras inter-estatales que obstruyan o impidan la movilidad de las personas que las sufren. De este modo, la coordinación aspira a garantizar que cuando un ciudadano comunitario se encuentre o resida fuera de su Estado de aseguramiento pueda continuar disfrutando de los derechos a los que podría tener derecho si no se hubiera desplazado temporal o definitivamente²⁵⁵.

3.2. Empleo irregular y retroceso en la regulación de la protección por dependencia

En todas las sociedades ha habido una parte de la población que por razones varias (edad, enfermedad o discapacidad) ha necesitado, con mayor o menor intensidad, la asistencia de terceras personas para ver colmadas sus necesidades vitales y cotidianas. Actualmente, se está produciendo en la sociedad española una «crisis de los cuidados» debido a factores tales como: el envejecimiento de la población, la supervivencia de enfermedades crónicas y el aumento de la siniestralidad laboral²⁵⁶. Lamentablemente, es en este ámbito en donde más predomina la economía sumergida y el empleo irregular de inmigrantes y personas en situación de necesidad debido a que la prestación de servicios se desarrolla muchas veces en el hogar familiar y, por tanto, fuera del control de la inspección de trabajo.

El empleo en el ámbito privado (empleadas de hogar y cuidado informal de personas dependientes) constituye una importante fuerza de trabajo en España, ya que como bien reflejan las estadísticas —actualmente— el 28,6% del total de empleo del sector en toda Europa lo representa este colectivo. Se trata de una cifra, ciertamente alta, al que sin embargo no le acompañan unas condiciones de trabajo decente (en cuanto a remuneración, condiciones laborales y derechos laborales). Es por ello que, a pesar de los últimos vaivenes legislativos, no se haya alterado la configuración de éste como un sector propio del trabajo precario, irregular e invisible²⁵⁷. En efecto, el cuidado de personas dependientes se encuentra condenado a la vulnerabilidad jurídica y social²⁵⁸ debido a que esta-

255. GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA, C.: «El derecho de dependencia de la Unión Europea: incidencias del derecho Comunitario en el seguro social»... *op. cit.*, pp. 48-49.

256. MONEREO PÉREZ, J.L. Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: «La protección de la dependencia desde una perspectiva de género» en *Género y derechos fundamentales*, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. Y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y Coord.), Comares, Granada, 2010, pp. 525 -526.

257. CHARRO BAENA, P.: «Capítulo 2. El servicio del hogar familiar. Una visión desde la legislación y la doctrina judicial españolas», en VV.AA., CHARRO BAENA, P.; ESPINOZA ESCOBAR, J.H. Y LILIANA SILVA DE ROA, A. (Dir.), *El Derecho del Trabajo y los colectivos vulnerables. Un estudio desde las dos orillas*. Madrid. Dykinson S.L, 2017, pp. 43-48.

258. SANZ SÁEZ, C.: *Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio*. Tesis Doctoral. UCLM. 2015.

mos ante relaciones que se desarrollan en el ámbito privado²⁵⁹. De ahí que resulte muy complicado denunciar las ilegalidades debido a la inviolabilidad del hogar (centro de trabajo).

Principalmente, desarrollan esta actividad mujeres inmigrantes en situación de irregularidad administrativa. Ya sea por razones geográficas, políticas, económicas o incluso sociales, lo cierto es que, actualmente, la transferencia de mano de obra barata y flexible (principalmente protagonizado por mujeres inmigrantes) se está viendo agudizada con la situación de crisis económica mundial. Ese vínculo entre los conceptos de género y migraciones ha determinado la implantación de un estatus debilitado de derechos, que se ve afectado por las restricciones de estructura ocupacional sexualmente segregada. Todo ello se traduce en un empobrecimiento del Estado de Bienestar social debido a que las mujeres inmigrantes, primordialmente en situación irregular, vienen satisfaciendo unas necesidades familiares no atendidas por el Estado, ni tampoco por las mujeres autóctonas.

Un factor determinante de esa vulnerabilidad de la mujer migrante viene dado por las políticas institucionales desarrolladas desde la administración, las cuales terminan provocando que la población femenina inmigrante quede enclaustrada dentro de determinados segmentos ocupacionales precarizados de la economía española. En el actual marco institucional español, las posiciones laborales que pueden ocupar las mujeres inmigrantes en el mercado de trabajo están determinadas negativamente por medio de dispositivos como la «situación nacional de empleo», así como por la política de contingentes, las limitaciones y las dificultades administrativas que existen para la homologación de sus competencias y estudios en el mercado de trabajo. De modo que, a través de mecanismos institucionales, las mujeres extracomunitarias son suavemente empujadas hacia determinados sectores y ocupaciones caracterizados por sus bajas condiciones de trabajo. La inserción laboral de las inmigrantes no comunitarias sólo se comprende en un contexto de estructura ocupacional caracterizada por la terciarización, la precarización y la segmentación en el empleo. En particular, estas se agrupan en sectores que exigen poca cualificación (en relación con su nivel educativo y de estudios) y se encuentran descalificados (por ejemplo: con bajas retribuciones, mayor temporalidad, jornadas incompatibles con el desarrollo de una vida social y familiar, con carencia de derechos en materia de Seguridad Social... etcétera).

En la actividad de las cuidadoras informales se parte de la premisa de que no existe ningún tipo de vínculo jurídico de prestación de servicios entre el cuidador (que generalmente es en un 85% de las veces una mujer)²⁶⁰ y el dependiente con el convive en el ámbito familiar. Por lo que la actividad de la

259. LÓPEZ INSUA, B.M.: «Migraciones y trabajo invisible tienen nombre de mujer», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.205, 2018.

260. La normativa actual vigente, extiende en este campo al grupo de personas que pueden asumir los cuidados en el entorno familiar, incluyendo aquí a las parejas de hecho (art. 12 del Real Decreto 1051/2013).

cuidadora es principalmente la de asistencia, pero también la limpieza del hogar. Esta posición discriminatoria de las cuidadoras informales, respecto a los sistemas de bienestar, al término acaba poniendo en riesgo la capacidad de las mujeres de participar de manera efectiva en la vida política o comunitaria, la posibilidad de disfrutar del nivel más elevado posible de salud física y mental, así como ejercicio de todos sus derechos (entre los que se encuentran los de conciliación de la vida laboral y familiar).

La novedad en torno al establecimiento de las prestaciones por dependencia fue muy bien acogida por el Sistema, pues ciertamente venía esta a aliviar una situación de necesidad social. Sin embargo, con el paso del tiempo el panorama económico hizo mella, hasta el punto de que las nuevas orientaciones del Gobierno condicionaron el mantenimiento de esta prestación y lo devaluaron. En efecto, el «RDL 20/2012, de 13 de Julio, de Medidas para garantizar las establi- dades presupuestaria de fomento de la competitividad» introdujo un cambio drás- tico que afectaba al convenio especial que se suscribía entre la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y el cuidador informal²⁶¹ (Disposición Adicional 8ª del RDL 20/2012). De este modo, los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situa- ción de dependencia (previstos en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situa- ción de dependencia) existentes, hasta la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, fueron extinguidos a fecha del 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor solicitara expresamente su mantenimiento hasta el día 1 de septiembre de 2012. En este último caso, desde el día 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2012 la cotización a la Seguridad Social tuvo una reducción del 10% en el total de la cuota a abonar, siendo a cargo de la TGSS el 5% del total de la cuota y el 85% restante a cargo del cuidador no profesional. Ahora bien, fue a partir del día 1 de enero de 2013, cuando el convenio especial pasó a cargo exclusivo del cuidador no profesional. Sin lugar a dudas, una previsión esta que no ha sido bien acogida por estos trabajadores, pues dificulta claramen- te la inclusión en este régimen al tiempo que favorece el desarrollo de esta ac- tividad en el mercado negro y/o camuflado bajo la fórmula del «contrato de empleadas de hogar».

No obstante a lo anterior, en el año 2019 se ha dado un importante paso adelante en esta materia gracias a la publicación del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Tras este importante real decreto-ley los cuidadores no profesionales de beneficiarios de la Ley de Dependencia podrán suscribir un convenio especial con la Seguridad Social sin tener que pagar ellos mismo sus cotizaciones a la Seguridad Social. Y

261. MALDONADO MOLINA, J.A.: «Capítulo 8. Trabajo decente y cuidadores de personas dependientes», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J Y DE VAL TENA, Á (Dirs.) Y LÓPEZ INSUA, B.M. (Coord.), *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, pp. 681-684.

es que, a partir de ahora, las cotizaciones sociales de estos convenios, incluidos los que ya estaban en vigor, correrán a cargo de la Administración General del Estado y no generan coste alguno para el cuidador no profesional. Ello supone un importante avance que busca visibilizar y regularizar la situación de miles cuidadores informales (principalmente extranjeros) que se encuentran trabajando de manera precaria e irregular.

3.3. La protección jurídico-social de inmigrantes dependientes en España

En lo que se refiere a los beneficiarios de estas prestaciones, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención de personas dependientes²⁶² (en adelante, LAAD) ha propiciado la creación de nuevos derechos de ciudadanía, que han implicado para los poderes públicos la asunción de responsabilidades en orden a garantizar de un Estado de Bienestar y de Derecho. Tanto el Tratado de Lisboa de 2007, como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) del año 2000 han conseguido dar un paso más para el advenimiento de una ciudadanía social europea al crear nuevos escenarios en donde intervienen los derechos de protección social²⁶³. Se produce una fuerte tensión entre las tendencias neoliberales y flexibilizadoras frente a la protección de los derechos de Seguridad Social, la cual mantiene todavía a día de hoy en vilo a la sociedad contemporánea. Y es que, la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación se ha erigido en uno de los principios inspiradores de la vigente LAAD, así pues: «La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en esta Ley» (Artículo 3.b). En principio, cualquier persona en situación de necesidad podrá acceder a las prestaciones por dependencia con independencia de cuál sea su situación económica, pues lo realmente relevante es aquí la existencia de una necesidad socio-sanitaria previamente evaluada²⁶⁴.

Una vez enmarcada la dependencia en el cuadro normativo que conforma a los derechos sociales fundamentales del Sistema de Tratados y de la CDFUE cabe preguntarse pues ¿cuál es el tratamiento que recibe esta figura? A este respecto, la CDFUE entiende que la dependencia es una prestación que entra dentro del

262. BOE núm. 299 de 15 de diciembre de 2006.

263. MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo Europeo*, Granada, Comares, 2009. En este mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª.: «La protección de la dependencia desde una perspectiva de género»... *op. cit.*, pp. 531- 532.

264. Al hilo de esta idea, el artículo 4.3 de la LAAD establece que: «Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos enumerados en el párrafo anterior, sin más limitaciones en su ejercicio que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia».

sistema de Seguridad Social, constituyendo así eje vertebrador de la construcción de las modernas políticas de Seguridad Social, asistencia social y servicios sociales²⁶⁵. Y, por tanto, se configura como una contingencia protegida por los sistemas públicos de protección social (Artículo 34 CDFUE), aunque si bien queda sujeta a limitaciones considerables pues únicamente podrán acceder a esta prestación aquellas personas que residan²⁶⁶ y se desplacen por el territorio de la UE. Lo que implica, en la práctica, una restricción importante respecto de aquellas personas que no ostenten o adquieran una situación regular de acuerdo con el orden jurídico administrativo (artículo 36.3 LOEXIS)²⁶⁷.

En relación al tratamiento jurídico de la dependencia en el ordenamiento jurídico europeo y su proyección en España ha de repararse en dos aspectos, el primero, es que el dato de la de la protección jurídica de las situaciones de dependencia es perfectamente encuadrable en los sistemas de Seguridad Social (en relación el artículo 34 de la CDFUE) y, el segundo, se constata que la dependencia se trata de una contingencia compleja, de modo que además de abarcar a las personas mayores, comprende también a las situaciones de discapacidad —física, psíquica o sensorial— (por lo que se ponen aquí en relación los artículos 25 y 26 de la CDFUE). Con todo ello y pese al avance que supone a nivel europeo la protección de la dependencia en el marco de los derechos fundamentales de protección social, no puede por otra parte ocultarse que subsisten aquí algunas deficiencias o lagunas. Ciertamente, el modelo escogido se resiste a garantizar de una manera efectiva los derechos ahí proclamados, pues parte de un sistema de «constitucionalización débil» que no protege, ni ampara suficientemente y adecuadamente la plena efectividad de los derechos sociales. Y ello es debido a que los destinatarios directos de estos derechos son los órganos e instituciones comunitarias, así como los distintos Estados miembro cuando en el ejercicio de sus propias competencias, como es el caso de la nación española, deban observar y promover la aplicación del Derecho establecido por el orden comunitario en aquellas competencias que sean de la UE. En otras palabras, la efectividad de los derechos sociales fundamentales, entre los que se encuentra la dependencia, queda condicionada por el alcance del principio de subsidiariedad²⁶⁸.

265. MONEREO PÉREZ, J.L.: «El modelo de protección social de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social», *Documentación Laboral*, n.º 276-277, 2006.

266. Para un conocimiento más exhaustivo véase MALDONADO MOLINA, J.A.: «La protección de los migrantes-dependientes», *Documentación Administrativa*, n.º 276-277, 2006-2007, pp. 649-651. Y es que, respecto a la residencia, existencia diferencias entre los extranjeros comunitarios y los extracomunitarios, sin que en ningún momento la Ley distinga entre asilados, refugiados o apátridas.

267. MONEREO PÉREZ, J.L. Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: «La protección de la dependencia desde una perspectiva de género»... *op. cit.*, pp. 531-532.

268. El principio de subsidiariedad, en su definición más amplia, dispone que un asunto debe ser resuelto por la autoridad (normativa, política o económica) más próxima al objeto del problema. El «principio de subsidiariedad» es uno de los principios sobre los que se sustenta la Unión Europea, según quedó establecido por el *Tratado de Maastricht*, firmado el 7 de febrero de 1992 y después conocido como Tratado de la Unión Europea. Su actual formulación quedó plasmada en el Artículo 5 (2), modificada por el Tratado de Lisboa desde el 1 de diciembre de 2009. Para un conocimiento más

En este orden de ideas, se observa cómo el requisito de la residencia para el acceso a la dependencia se conforma así como un elemento necesario para el acceso universal a las prestaciones asistenciales no contributivas en el ordenamiento jurídico español²⁶⁹. Y es que, aunque no se haya insertado la cobertura de la dependencia dentro del sistema de Seguridad Social nacional, se anudan al mismo determinados elementos que la hacen imprescindible para dotar de cobertura al conjunto normativo de protección social en España²⁷⁰. Por lo que, aunque desde una perspectiva *strictu sensu* este derecho se encuadre al margen de la Seguridad Social, al no utilizarse el título competencial que atribuye el artículo 149.1.17 de la CE, por contra, se entiende desde una perspectiva amplia dentro del sistema público de Protección Social, ya que desde sus orígenes los contenidos, prestaciones y servicios que dan vida a esta prestación forman parte inescindible del sistema de Seguridad Social²⁷¹.

La doctrina científica entiende que la exigencia de la «residencia» tiene su razón de ser en un doble objetivo, de una parte, determina con antelación si hay cabida o no por razones presupuestarias la protección que se solicita y, de otra parte, cumple una función preventiva frente al denominado «turismo social»²⁷². Sin embargo, para otro sector doctrinal el requisito de la residencia tiene por única finalidad la de no cargar al Estado, a las CCAA o a las Entidades Locales con la protección social de aquellas personas cuya «permanencia» social o política no es estable²⁷³.

Tanto para el acceso a los servicios sociales, como a las prestaciones asistenciales de dependencia, la cuestión problemática nuevamente vuelve a situarse en torno a qué debe entenderse por necesidades básicas y específicas. Lo cual no queda determinado por más que su desarrollo y contenido se haya constituido *ad hoc*, y es que el sistema para la autonomía y atención a las personas dependientes, materialmente, como derecho social fundamental se realiza mediante los servicios sociales de las CCAA y las competencias por ellas asumidas²⁷⁴. De

exhaustivo véase MONEREO PÉREZ, J.L. Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: «La protección de la dependencia desde una perspectiva de género»... *op. cit.*, pp. 531-532.

269. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La residencia en España desde el prima del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Navarra, Thomson-Reuters. Aranzadi, 2014.

270. MALDONADO MOLINA, J.A.: «La protección de la dependencia en la Seguridad Social Comunitaria», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 319, 2011, página 75. Además, el requisito de la exigencia de un periodo previo de residencia en el territorio español prevista por la Ley 39/2006 coincide con los requisitos de las pensiones no contributivas del sistema de Seguridad Social, concretamente adopta el criterio temporal requerido para la pensión por invalidez no contributiva.

271. DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

272. MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a.N; MALDONADO MOLINA, J.A Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: *Manual de derecho de dependencia*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 114.

273. CHARRO BAENA, P.: «Titularidad del derecho» en *Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia. ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia y normas autonómicas*, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V Y CHARRO BAENA, P, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 184.

274. BAVIERA PUIG, I.: *La protección de la dependencia: un estudio global: claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2007. MONEREO PÉREZ, J.L. Y

nuevo, el ojo del huracán vuelve a estar del lado discrecional regulador de cada una de las distintas CCAA.

Para los extranjeros que soliciten asilo y refugio en España, atendiendo a la fractura que presenta este derecho en relación a su universalidad por medio de la función constitucional²⁷⁵, la configuración jurídico-legal de este derecho y, por tanto, de su titularidad y ejercicio no encuentra mención específica en la LOEXIS. Ello obliga a entender, implícitamente, que el mismo se incluye entre los derechos a los servicios sociales y prestaciones asistenciales que recoge el artículo 14.2 de la Ley 4/2000 (anteriormente analizado).

No obstante a lo anterior, la LAAD sí concisa la titularidad del derecho para las personas extranjeras (y, por consiguiente, para los refugiados y asilados) sobre la base de un criterio explícito y otro implícito. Así pues, de acuerdo con los artículos 5.1 y 5.2 de la Ley 39/2006, podrán ser titulares de las prestaciones por dependencia: a) las personas que estén situación de dependencia en cualquiera de los grados definidos legalmente²⁷⁶ y b) deberá la persona encontrarse en una situación de dependencia de larga duración, esto es, se exige una residencia mínima en España de cinco años, de los que dos tienen que ser anteriores a la fecha de presentación de su solicitud. De acuerdo con esta última idea, las personas extranjeras inmigrantes en situación de residencia temporal no podrán disfrutar de este derecho social fundamental, lo que implica ya no sólo condicionar el acceso a la dependencia en función de la situación regular de la persona en España, sino también a la duración de la residencia (ligándolo así, directamente, al permiso de residencia que tenga en vigor la persona extranjera)²⁷⁷. En definitiva, lo que viene a expresar la ley es que los residentes regulares podrán acceder a la dependencia siempre que cumplan con los requisitos que establece el artículo 5 de la Ley 39/2006, mientras que los irregulares habrán de estar a lo que determine cada CCAA. Esta situación de anomalía se hubiera solventado si la LAAD hubiese fijado unos criterios más claros para el

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales»... *op. cit.*, p. 264.

275. Cobra aquí especial relevancia el Libro Blanco de Atención a las Personas en situación de Dependencia (de diciembre de 2004) al tratar de garantizar las prestaciones básicas en el ámbito de los derechos de los artículos 39 CE (familia), artículo 49 CE (discapacidad) y 50 de la CE (personas mayores). Ahora bien, se debe traer también a colación el artículo 149.1.1. de la CE (en donde se establece que el Estado deberá establecer las bases que permitan el ejercicio de todos los derechos —y en particular los de naturaleza prestacional— a fin de que se lleven a cabo en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional. GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: «Las prestaciones económicas para situaciones de dependencia en el ordenamiento jurídico español» en *La protección jurídica de las situaciones de dependencia*, Comares, Granada, 2007.

276. Se entienden que se encuentran en situación de dependencia aquellas personas que no tengan capacidad suficiente para controlar, afrontar y tomar por propia iniciativa decisiones personales acerca de cómo vivir, de acuerdo con lo establecido por las normas y preferencias propias. De igual modo, se encuentran en situación de dependencia las personas que no son capaces de desarrollar las actividades básicas de su vida cotidiana.

277. MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a.N.; MALDONADO MOLINA, J.A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: *Manual de derecho de dependencia*... *op. cit.*, pp. 165-166.

reconocimiento de los derechos vinculados a la situación de dependencia de los ciudadanos de terceros países que buscan asilo y refugio en España.

4. CONCLUSIONES

Los inmigrantes se enfrentan a problemas de exclusión social, marginación y explotación debido a la insuficiencia de un marco jurídico uniforme que regule, de manera acorde a la realidad social, el estatuto para las personas con derechos a la protección subsidiaria. A este respecto, se deja en manos de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales la aplicación de las reglas de juego en esta materia. Así por ejemplo, en el caso del Estado español, el artículo 41 de la CE garantiza, salvo excepciones, que el migrante en situación irregular tenga acceso —en igualdad de condiciones que los nacionales— a las prestaciones contributivas, de asistencia social y servicios sociales de las CCAA. Sin embargo, y lejos de aplicar este modelo general, las CCAA han ido matizando, condicionando y limitando el acceso a estos servicios y prestaciones sociales. Y todo ello con el fin de garantizar el acceso en condiciones de equidad²⁷⁸.

En materia de dependencia la cuestión problemática se haya respecto de lo que se ha de entender por servicios y prestaciones sociales generales y específicas. Y es que, desgraciadamente, no se establece ninguna norma concreta en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) o en la LOEXIs que haga evidenciar una cierta «seguridad político-jurídica». Lo que, al tiempo, determina el establecimiento de sistema plural y discrecional que dependerá de la CCAA en la que se encuentre el ciudadano que solicita asilo, la situación administrativa, el tiempo de residencia y permiso en España. Por tanto, aunque el derecho al acceso a las prestaciones por dependencia se constituya como derecho colectivo social y universal, en la práctica únicamente podrán beneficiarse aquellos refugiados que cumplan con los requisitos que establecen las leyes 12/2009 de asilo, la LAAD, así como la LOEXIs. En otras palabras, en el caso de los extranjeros en situación regular cualesquiera servicios o medidas de asistencia social que se arbitren a favor de las personas de nacionalidad española deben de concederse con la misma extensión e intensidad a los extranjeros regulares. No así a los que se encuentren en situación irregular, a los que sólo le corresponden las prestaciones básicas. Cuál sea la diferencia entre las prestaciones básicas y las específicas no es un tema nítido, sino que ha de ser definido por la propia Administración con competencias normativas al respecto, ya sea la estatal o la autonómica, sin perjuicio del derecho a la posible reclamación. De tal modo que no es de suyo

278. MONEREO PÉREZ, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social" (art. 41 CE), en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a.N. (Dirs.), Comares, Granada, 2001.

que deba haber diferencias en esta materia entre irregulares y regulares, pero sí que sólo éstos últimos tienen garantizada la paridad de trato con los nacionales españoles.

Resulta preciso adecuar el actual marco legislativo de la asistencia social y los servicios sociales al fenómeno de la inmigración, ya que el actual marco queda abierto a la atención pero no en virtud de una acción normativa clara, sino por su actual redacción genérica. Por ello, es necesario especificar y visualizar el colectivo de los extranjeros en las diversas medidas legales que se acometen al fin de dotar de mayor seguridad jurídica en el acceso y en la acción administrativa.

Se camina así hacia una clara «involución» en el modelo normativo regulador de las migraciones gracias a los tímidos, modestos y contradictorios pasos que desde el ámbito comunitario se están dando hacia el establecimiento de unas políticas de normalización, integración social y jurídica de refugiados. Está claro que «criminalizar» a los migrantes y reforzar el control de los flujos de entrada no es la solución para la fijación de un marco de integración socio-económica, jurídica y cultural. Por esa razón, entiendo que debería relacionarse el concepto de migración con el de ciudadanía inclusiva a fin de desvincular la condición de «nacionalidad» con el requisito excluyente de la titularidad de los derechos fundamentales. El fenómeno de la inmigración precisa urgentemente de una respuesta sistemática, estructurada y organizada a medio plazo, que le permita a la sociedad afrontar el presente y prever el futuro, pero que además le proporcione un marco global de referencia para una cabal comprensión de la misma. Así pues, se trata de una temática que por afectar a la propia estructura social, a los hábitos de vida, a la expresión cultural y a la convivencia, necesita ser asumido por el conjunto de la población y no sólo por sus instituciones sociales. En efecto, los derechos de refugio y asilo presentan aspectos problemáticos y muy heterogéneos en los que a la responsabilidad pública le corresponde tomar parte e implicarse más cercanamente para así completar las lagunas existentes y fomentar la protección de los derechos de Seguridad Social y Ayuda Social de todas estas personas en situación de necesidad.

En lo que se refiere a la concentración ocupacional de las trabajadoras extranjeras en nichos de empleo de menor cualificación (a saber: como cuidadoras informales de personas dependientes) se ha visto como un proceso natural, primero, de la mujer y, posteriormente, del colectivo de migrantes en particular. Por lo que, ante la ausencia de medidas de racionalización y de puesta en práctica de unas mínimas garantías, ciertamente pongo en duda que se pueda avanzar hacia la fijación de un marco jurídico-social protector efectivo. Los instrumentos de protección social y asistencia son endeble e insuficientes. En todo momento se habla de «ideales», pero nunca se efectúan o ponen en marcha por lo que al término se perpetúan en el tiempo estos roles de discriminación y abuso. Si el deseo de la sociedad es combatir las desigualdades, fomentar un trabajo decente y de calidad, deberá entonces de adoptarse medidas reales que involucren al conjunto a agentes implicados. Se trata de caminar hacia el establecimiento de mejoras en el ámbito de la protección social, fomento de ocupa-

bilidad, formación, apoyo al empleo (a fin de favorecer la inclusión laboral y social de las mujeres migrantes en riesgo de pobreza), medidas de apoyo a madres solteras, mujeres migrantes y, en general, personas carentes de derechos.

En definitiva, entiendo que pese a que se pretende garantizar unos mínimos para que los inmigrantes puedan satisfacer sus necesidades básicas y disfruten de unas condiciones de vida dignas, lo cierto es que poco a poco el legislador español se ha ido alejando de las consideraciones que desde el ámbito internacional y comunitario se ofrecen para el logro de un derecho al trabajo decente. La falta de voluntad política y de concienciación social, así como de acercamiento a la realidad de los problemas que se suceden en la praxis ordinaria, son sólo algunas de las razones que explican esta deplorable situación.



AVANCES Y RETROCESOS EN EL ACCESO A UNA ASISTENCIA SANITARIA UNIVERSAL: EL DERECHO A LA SALUD EN LA ENCRUCIJADA

1. LA PROTECCIÓN UNIVERSAL DEL DERECHO A LA SALUD: MARCO JURÍDICO Y SISTEMA DE GARANTÍAS DEBILITADAS PARA INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

La protección universal del derecho a la salud se ha venido configurando como una cuestión conflictiva que, en principio, se ha vinculado al sistema de la Seguridad Social y solo ante la ausencia de dicho título es entonces cuando ha entrado en juego el título de residencia legal²⁷⁹. De acuerdo con este criterio, han quedado durante algún tiempo fuera del disfrute de este derecho las personas inmigrantes en situación irregular administrativa. Sin lugar a dudas, este hecho ha sido objeto de fuertes críticas y duro debate político, ya que no logra entenderse cómo de una configuración legal se puede limitar derechos cuasi-fundamentales únicamente por el hecho de la situación legal y administrativa en

279. GARCÍA MURCIA, J Y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: «Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social a una regulación específica», *Foro-Nueva época*, vol.17, núm.1, 2014, p. 312. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2014.

España²⁸⁰. En efecto, el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido esta injusta cuestión al afirmar que «la asistencia sanitaria pública no es un Derecho que haya de ser reconocido a los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles» (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2000, de 10 de abril). Y, de igual modo, en lo que respecta al reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas (CCAA) el Alto Tribunal recuerda que «la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el artículo 3 de la Ley 16/2003» (STC 134/2017, de 16 de noviembre).

El estatuto jurídico constitucional que ha diseñado el Tribunal Constitucional (TC), a raíz de la previsión establecida en el artículo 13.1 de la Constitución Española (en adelante CE)²⁸¹, debe seguir tres parámetros básicos que habilitan esta diferenciación entre nacionales y extranjeros²⁸², a saber: 1) El derecho a la salud, por su ubicación en la Carta Magna, no es un derecho fundamental de máximo nivel de protección ex artículo 53 de la CE (aunque sí lo es desde una significación jurídica más general en la normativa internacional y europea a la que se remite ex art. 10.2 CE). Se trata de un principio rector de la política social y económica (artículo 43 de la CE) que se relaciona con los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la integridad (física y psíquica) y la intimidad personal²⁸³. 2) Erróneamente ha afirmado el Tribunal Constitucional que se trata éste de un derecho prestacional y de configuración legal que podrá ser limitado por el legislador atendiendo a los intereses públicos y la disponibilidad presupuestaria. A este respecto, recuerda el Auto del Tribunal Constitucional 96/2011, de 21 de julio que: «... la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema». De modo que, con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional avala la primacía de una

280. TORTUERO PLAZA, J.L.: «El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios», en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, p. 60. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España», *Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, n.º 1, 2018, p.1.

281. «1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley».

282. Artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIs): «Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española».

283. De ahí que, una parte de la doctrina se refiera a él como un derecho cuasifundamental o cuasiconstitucional. Ver ARZOLA ASTACIO, H. L.: «Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros», *Revista Gabilex*, n.º 11, 2017, pp. 125 y siguientes.

racionalidad económica antes que el respeto a una racionalidad social²⁸⁴ tendente al mantenimiento de un derecho a la ciudadanía inclusiva en condiciones de igualdad, de acuerdo con lo que establecen los derechos constitucionales²⁸⁵. 3) El legislador dispone de plena libertad para configurar este derecho, tal y como dispone el Constitucional en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre: «... el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español».

El amplio margen que el Tribunal Constitucional concede al legislador español le lleva a operar una clasificación tripartita de los derechos fundamentales que le corresponde a los extranjeros en España (STC 236/2007): A) Aparecen aquellos derechos fundamentales que les corresponden a todos los extranjeros en igualdad condición que a los españoles, debido a que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana como fundamento del orden político español (entre otros se encuentra el derecho a la vida, integridad física, derecho a la intimidad, a la asistencia jurídica, derecho a la educación y la libertad ideológica). B) El Alto Tribunal español se refiere a los derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros y que se engloban bajo fórmulas jurídicas impersonales (se habla aquí de los derechos fundamentales de reunión y de asociación)²⁸⁶. Finalmente, C) se identifica una tercera categoría cuya titularidad de derechos corresponderá a los extranjeros en la medida en que así lo reconozcan los tratados y las leyes. Se tratan, por tanto, de derechos que la Constitución no atribuye directamente a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los extranjeros «aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles». En este caso «... al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia, ya que puede modular las condiciones de ejercicio en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros» o tomar en «consideración el dato de su situación legal o administrativa en España». En este punto se presenta el derecho a la salud y el derecho a la protección por desempleo en España.

284. MONEREO PÉREZ, J.L. Y ORTEGA LOZANO, P.G.: «La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 16, 2018, p. 33.

285. LÓPEZ INSUA, B.M.: «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., TULIO BARROSO, F. Y LAS HERAS, H (Dirs.); MALDONADO MOLINA, J.A Y MORENO VIDA, M^a.N (Coords.), *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Murcia, Laborum, 2018, pp. 583-614.

286. Se trata de derecho que deben ser reconocidos a todos los extranjeros, independientemente de que sean o no residentes legales. No obstante, el Constitucional reconoce que el legislador puede establecer «condicionamientos adicionales» respecto a su ejercicio que, «si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales».

Por lo tanto, siguiendo estrictamente lo preceptuado por la CE y de conformidad con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, el derecho a la salud habrá de estar a lo dispuesto por su normativa legal específica para así determinar el alcance de la cobertura sanitaria para los inmigrantes²⁸⁷. Sin embargo, olvida aquí el Constitucional y el legislador que la salud se concreta en el derecho a la asistencia sanitaria, la cual engloba ampliamente a todos los ciudadanos. En efecto, la protección a la salud y a la asistencia sanitaria constituye un pilar fundamental del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo, de ahí que se configure el derecho a la salud como un derecho humano fundamental de carácter primario y esencial para el logro de una ciudadanía inclusiva²⁸⁸. Por lo tanto, independientemente de la condición administrativa del extranjero, todas las personas son titulares de los derechos fundamentales reconocidos en los Convenios Internacional y Declaraciones Universales de Derechos Humanos reconocidos por el Estado español. Al configurarse la asistencia sanitaria como un derecho subjetivo no cabe pues, separar el derecho reconocido *ex* artículo 41 CE —derecho a la Seguridad Social— del reconocido *ex* artículo 43 CE —derecho a la protección de la salud. Distinto de lo anterior será que el derecho a la asistencia sanitaria se preste a través del Sistema Nacional de Salud²⁸⁹.

De acuerdo con estas ideas, no puede mantenerse en absoluto una independencia conceptual y normativa de la Asistencia Sanitaria respecto de la Seguridad Social²⁹⁰, pues ambas caminan de la mano y en sintonía para hacer frente a los distintos estados de necesidad de los todos los ciudadanos²⁹¹.

En definitiva, el derecho a la asistencia sanitaria se configura como un derecho subjetivo en el ordenamiento jurídico español, al que constitucionalmente se le otorga una deficiente técnica de garantía débil²⁹², como es la de los «principios rectores de la política social y económica». En consecuencia, sin perjuicio

287. SAURA SÚCAR, M.: «La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros», *Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, n.º 94 (99), 2001, p. 2.

288. MONEREO PÉREZ, J.L.: «La salud como derecho humano fundamental», *Relaciones Laborales*, n.º 9, 2014, pp. 1-15 en su versión digital. Del mismo autor, «La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, N.º 5-6, 2010, pp. 69-94, y 59-86, respectivamente. En esta misma línea, TORTUERO PLAZA, J.L.: «El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios»... *op. cit.*

289. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, QUESADA SEGURA, R Y MALDONADO MOLINA, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2018.

290. MALDONADO MOLINA, J.A.: «El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnico-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjero», en AA VV, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (Coord.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares, 2010.

291. MONEREO PÉREZ, J.L.: «La salud como derecho humano fundamental», *op.cit.*, pp. 1-15 en su versión digital. MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C, QUESADA SEGURA, R Y MALDONADO MOLINA, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2018.

292. MALDONADO MOLINA, J.A.: «Capítulo. 3. La Seguridad Social de los inmigrantes», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), RODRÍGUEZ INIESTA, G, MALDONADO MOLINA, J.A Y DE VAL TENA, L.A. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo II, Murcia, Laborum, 2017, pp. 509-515.

de su naturaleza de auténtico derecho constitucional y su innegable valor normativo, lo cierto es que su sentido y alcance dependerán prácticamente de la concreción que le den las leyes de desarrollo (artículo 53.3 CE)²⁹³. Pero siempre y en todo caso sin olvidar el *mandato imperativo* de interpretar este derecho social conforme a lo establecidos en las normas internacionales ratificadas por nuestro país (artículo 10.2 CE).

2. LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL

El carácter universal del derecho humano a la salud se deduce de la expresión «toda persona» que emplean los distintos textos internacionales y comunitarios para así designar a quienes (los ciudadanos en su condición de titulares de este derecho subjetivo) pueden ser beneficiarios de este derecho. La universalización de este derecho radica precisamente en la figura de la titularidad, la cual se configura de manera independiente de la condición de nacional o extranjero y, más concretamente, de la situación legal o administrativa que el legislador español establezca a través de las normas que a tal efecto se establecen²⁹⁴.

En la forma de Estado Social y Democrático de Derecho que establece la Carta Magna se habrá de proteger el derecho a salud, evitando así intervenciones restrictivas de este derecho por parte de los Poderes Públicos²⁹⁵. A tal fin, queda habilitado el Tribunal Constitucional para realizar un juicio de proporcionalidad en torno a cualquier medida que limite, restrinja o vulnere el pleno ejercicio de este derecho. Respecto al derecho a la salud de los inmigrantes irregulares, le corresponde a este tribunal valorar si las restricciones introducidas por el legislador de urgencia, conforme a un criterio de racionalidad económica²⁹⁶, respetan o no su contenido esencial y si superan o no los criterios del principio de proporcionalidad: idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto. Ciertamente, confirma el Constitucional en su Auto de 239/2012, de 12 de diciembre de 2012²⁹⁷ que: «... el derecho a la salud y el derecho a la

293. Tal como ha recordado la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 95/2000, de 10 de abril, los principios rectores de la política social y económica, no son normas vacías de contenido, sino que las resoluciones de los órganos judiciales habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE. MONEREO PÉREZ, J.L. Y ORTEGA LOZANO, P.G.: «La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico»... *op. cit.*, p. 31.

294. ARZOLA ASTACIO, H. L.: «Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros»... *op. cit.*, pp. 30 y 31.

295. MONEREO PÉREZ, J.L.: «La salud como derecho humano fundamental», *op. cit.*, p. 1

296. GUINDO MORALES, S.: «El Derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares» en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, p.229.

297. Pleno. Auto 239/2012, de 12 de diciembre de 2012. Conflicto positivo de competencia 4540-2012. Levanta parcialmente la suspensión en el conflicto positivo de competencia 4540-2012, interpuesto por el Gobierno de la Nación en relación con el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre

integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado».

En definitiva, para el Tribunal Constitucional el interés económico de estas medidas restrictivas del derecho a la salud no es motivo suficiente para explicar por qué no subsisten fondos públicos suficientes para atender prestaciones que antes sí estaban cubiertas. De modo que el legislador no puede apoyar su razonamiento en un argumento meramente económico para así limitar rigurosamente un derecho cuasi-fundamental, que conecta de manera inescindible con los derechos fundamentales a la vida e integridad física (artículo 15 de la CE) y la dignidad humana (artículo 10 de la CE).

La salud, en su configuración jurídica compleja e integrada con otros derechos fundamentales, aparece referido a nivel internacional como un derecho humano universal, toda vez que se atribuye a toda persona, con independencia de su situación legal o ilegal, lo cual resulta coherente en su dimensión subjetiva con la elevación del reconocimiento de la «persona» en los textos de rango fundamental²⁹⁸. En esta línea, cabe citar el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional («derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental»). Asimismo, no cabe olvidar las referencias expresas que a este derecho universal se hacen en otros textos internacionales, a saber: la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea. Finalmente, merece una especial mención el Convenio número 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y que España ha ratificado, por lo que de conformidad con el mismo «... todos los trabajadores inmigrantes, con independencia de su nacionalidad, quedaron equiparados a los españoles en términos absolutos, con las únicas excepciones de la gente del mar, los autónomos, los fronterizos y los artistas liberales en breve estancia».

El mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ya ha insistido en que a la salud habrá de otorgársele el «más alto nivel posible», por lo que habrá que tener en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado (Artículo 12, en su párrafo 1). Por todo ello, no cabe entender a la salud (tal y como dispone la Constitución Española en su artículo 43) como

régimen de las prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

298. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Protección de la salud», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ (Dirs. y Coords.) *et al*: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Derecho a la salud», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ (Dirs. y Coords.) *et al*: *El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014.

un simple principio programático. Así es, como derecho atribuido a la «persona» no puede quedar limitado a los «ciudadanos» (o mejor dicho, a determinados ciudadanos en situación de legalidad administrativa), lo que debe ser asimismo extensible a todas las personas que se encuentren en el espacio de la Unión Europea (UE) y que requieran de atención sanitaria en cualquiera de sus manifestaciones²⁹⁹. Para el colectivo comunitario la salud constituye un elemento esencial para la protección de la dignidad humana, es por ello que el mismo artículo 2 del Tratado de la Unión Europea de 2002 proclame que: «La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres». De igual modo, el apartado primero del artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que «al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana», lo ya de por sí evidencia el elevado impacto que se reconoce a la tutela sanitaria en cuanto inspiradora de la agenda comunitaria³⁰⁰. En efecto, dicho precepto (en sintonía con lo dispuesto a nivel internacional) consigna como principio transversal del ordenamiento jurídico europeo la garantía de un alto nivel de protección de la salud humana³⁰¹, puesto que se trata éste de un derecho que incide en diversos campos de actuación que exceden más allá del asistencial sanitario propiamente dicho³⁰².

Se trata éste de un derecho social supeditado a las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. De ahí que ya la Carta Social Europea reconozca en su artículo 35 el derecho de toda persona a la prevención sanitaria y al disfrute de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. No obstante, esta libertad de la que disponen los Estados miembros no es absoluta sino que queda supeditada a la organización, prestación de servicios sanitario y atención primaria (Art. 168.7 TFUE), puesto que en la ordenación de prestaciones y establecimiento de condiciones de acceso están presentes los principios informadores del Derecho Comunitario. A este respecto, cabe recordar la doctrina asentado por el Tribunal

299. MONEREO PÉREZ, J.L. Y ORTEGA LOZANO, P.G.: «La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico»... *op. cit.*, pp. 32 y 33.

300. GUINDO MORALES, S.: «El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares», en Asociación Española de Salud y Seguridad Social: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, pp. 229-231.

301. MONEREO PÉREZ, J.L.: «¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación», en Asociación Española de Salud y Seguridad Social: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, p. 835.

302. MONEREO PÉREZ, J.L.: «La salud como derecho humano fundamental»... *op.cit.*, pp. 1-15 en su versión digital. Del mismo autor, «La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)»... pp. 69-94, y 59-86, respectivamente.

de Justicia de la UE: «... la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida justifica en principio la posibilidad de comprobar la regularidad de la residencia en el momento del reconocimiento de una prestación social, especialmente en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros y que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado»³⁰³. Por todo ello, la acción coordinada de los sistemas nacionales que acomete la UE aspira a materializar la garantía y efectividad del derecho a la asistencia sanitaria transnacional, para así no contradecir el principio de libre circulación de ciudadanos que establece el artículo 21.1 del TFUE, a saber: «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación». Sin embargo, este cometido no constituye una tarea fácil, ya que la diversidad y pluralidad de modelos existentes a nivel comunitario representa, precisamente, la principal dificultad con la que tropieza la labor coordinadora del colectivo Comunitario.

La asistencia sanitaria constituye, en definitiva, una de las prestaciones o ramas específicas de Seguridad Social, la cual queda vinculada al derecho a la Seguridad Social en virtud de lo dispuesto por la normativa internacional y europea. A este respecto, el *ex* artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales de la UE especifica que: «la Unión reconoce y respeta el derecho a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad...». Esto no debe llevar a una disminución en la protección de este derecho, sino que el mismo queda reforzado por los diversos modelos jurídico-materiales públicos dispuestos en cada uno de los Estados miembro. La coordinación comunitaria entre los distintos sistemas de Seguridad Social se encuentra íntimamente conectada con el principio de libre circulación de trabajadores que rige dentro del ámbito comunitario³⁰⁴, en la medida en que una correcta coordinación ayudará a eliminar los obstáculos que impiden la consecución de este objetivo. De este modo, el principio de coordinación permite salvaguardar los derechos adquiridos y en curso de adquisición de los migrantes en el ámbito de la Seguridad Social, evitando que los trabajadores migrantes no vean mermados sus derechos y/o expectativas de derecho en materia de asistencia sanitaria, al tiempo que se garantiza la igualdad de trato. En esta línea, el Reglamento 883/2004 recuerda que la única forma de contribuir a la mejora del nivel de vida y condiciones de empleo será sólo mediante el establecimiento de normas de coordinación de la Seguri-

303. Sentencia del TJUE, Sala Primera, de 14 junio de 2016.

304. Véase sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2019, asunto C-447/18. Caso UB y Generálny riaditeľ Sociálnej poisťovne Bratislava. Se trata aquí de garantizar el principio de libre circulación de trabajadores e igualdad a la hora del acceso a una «prestación a los representantes deportivos» que, exclusivamente, se le reconoce a los ciudadanos de dicho Estado.

dad Social³⁰⁵. Por lo que, a fin de evitar la concurrencia de diversas legislaciones nacionales aplicables se deberá aplicar el principio de territorialidad, es decir, únicamente podrá someterse el trabajador a la legislación de un sólo Estado (Artículo 13.1 del Reglamento 883/2004)³⁰⁶. Por regla general, será la ley del Estado en cuyo territorio el trabajador preste servicios por cuenta ajena o por cuenta propia la aplicable («*lex locis laboris*»)³⁰⁷.

2.1. Libre circulación de migrantes *versus* asistencia sanitaria: un paso atrás en el concepto de «ciudadanía inclusiva»

La libertad de circulación de trabajadores migrantes constituye un principio fundamental recogido en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) y el cual se desarrolla por el mismo Derecho derivado europeo, así como por la Jurisprudencia comunitaria del Tribunal de Justicia (TJUE)³⁰⁸. Desde sus orígenes este principio (que involucra un haz de derechos conexos) ha constituido clave fundamental para la instauración de un mercado único, así como para el progreso de integración en el espacio Schengen y la garantía de una igualdad ciudadana comunitaria³⁰⁹. Las distintas manifestaciones de este derecho —dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia— implican que los ciudadanos de la Unión (y sus familiares) puedan, entre otros derechos: buscar empleo en otros países comunitarios, desempeñar una actividad profesional sin necesidad de permiso de trabajo, residir en otro país y reci-

305. LÓPEZ INSUA, B.M.: «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes»... pag. 583-590.

306. Para más inri, el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la UE establece un mandato dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo por el que, en materia de Seguridad Social, se deberán adoptar: «... las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros».

307. LÓPEZ INSUA, B.M.: «La determinación de las prestaciones por invalidez, vejez y supervivencia en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social», *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. I, N.º 2, 2016, pp.150 y ss.

308. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2014, pp. 35-39.

309. El derecho a la libre circulación y residencia se había reconocido en 1951 en el Tratado CECA y desde 1957 en los Tratados de Roma. Este derecho se venía disfrutando como eje esencial de un proceso de integración basado en la libre circulación y residencia para acceder a un empleo asalariado, acceder a un empleo por cuenta propia, prestar o recibir un servicio, ejercer establemente una profesión, o abrir un negocio (como comerciante, industrial... etc.). La concepción estrictamente económica de la libre circulación en sus inicios estaba justificada por la necesidad de hacer un uso racional de los factores de producción en los Estados miembros, identificándose tales factores con el capital y la mano de obra.

bir el mismo trato que los ciudadanos que el país de residencia en lo relativo al acceso al empleo, condiciones de trabajo y disfrute de derechos sociales. Por lo tanto, en términos amplios, este principio implica la movilidad de las personas migrantes por la Unión sin trabas burocráticas, ni legales.

Ahora bien, tal afirmación requiere de una matización respecto de los nacionales de terceros países y trabajadores en situación de irregularidad administrativa. Y es que tanto el Sistema de los Tratados, como el derecho derivado de la Unión Europea aún mantienen esa diferenciación por razón de la nacionalidad y residencia, la cual hace extensible a todos los ámbitos de la vida social. Así lo recuerda la Carta Social Europea, en su artículo 13, ha reconocer el derecho a la asistencia médica y concretar en su apartado 4 el compromiso de las partes de aplicar este derecho —en condiciones de igualdad con sus nacionales— a aquellos colectivos de migrantes «que se encuentren legalmente en su territorio». No obstante el anexo a la Carta Social fija y aclara que, en cuanto su ámbito de aplicación, únicamente habrá de entenderse incluidos los extranjeros que «residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada».

Tras la introducción del concepto de «ciudadanía» en el conjunto comunitario se hizo extensible la aplicación del principio de igualdad de trato a todos aquellos (trabajadores y ciudadanos de la UE) que quieran ejercer el derecho a la libre circulación³¹⁰, ya sea por razones de búsqueda de empleo o para el acceso a las prestaciones (contributivas y no contributivas)³¹¹. En este sentido, una de las trabas más graves que se produce a nivel europeo consiste en la falta de respeto debido hacia los Derechos humanos y libertades fundamentales, pues a pesar de los múltiples instrumentos normativos existentes, lo cierto, es que en la práctica los principios de libertad de circulación, no discriminación e igualdad no se respetan³¹². Y ello, aun cuando, desde el campo de las Instituciones y Organismos Internacionales ya se hayan declarados ilegales muchas de las prácticas expulsivas por su contraposición con el estándar multinivel de Derechos

310. El concepto de ciudadanía de la Unión, introducido por el Tratado de Maastricht, añadió una nueva dimensión política a la naturaleza de la integración europea, que hasta entonces había sido fundamentalmente económica. El gran entusiasmo inicial del TJUE en determinar la ciudadanía de la Unión como el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros queda supeditado a las posibles consecuencias de la combinación de los artículos 18, 20 y 21 del TFUE. La ciudadanía de la Unión se ha construido sobre los cimientos ya establecidos por la jurisprudencia del TJUE en materia de la libre circulación de personas.

311. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 34, 2013. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 41, 2016. CHARRO BAENA, P.: «El derecho a la Seguridad Social de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *Refugiados y aislados ante el modelo social europeo y español. Estudio jurídico-técnico y de política del Derecho*, Granada, Comares, 2016, pp. 259-260.

312. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Libre circulación en la Unión Europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 10, 2017, p. 117.

humanos³¹³. Lamentablemente, en las políticas públicas migratorias impera todavía la racionalidad excluyente y represiva debida al redescubrimiento político-jurídico de la idea de «peligrosidad social»³¹⁴. De ahí que el tratamiento que reciban los ciudadanos de terceros países sea inferior al que disfrutaban los que ostentan la ciudadanía de países miembros de la Unión.

2.2. La residencia como condición «sine qua non» para el control de flujos migratorios y el acceso al derecho a la asistencia sanitaria

El espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE crea un espacio de movilidad en el interior del colectivo comunitario, el cual establece diferenciaciones en función de la condición o no de ciudadano de la Unión y, por tanto, del estatus jurídico de las personas migrantes resulta. Se entrecruzan así tres elementos clave, de un lado, los principios de libre circulación y residencia, de otro, los flujos migratorios y, finalmente, el respeto y el acceso a la protección de los derechos fundamentales³¹⁵.

En efecto, actualmente, se pone en práctica la lógica de seguridad interior frente a la entrada y permanencia de personas extracomunitarias en situación irregular, lo que al tiempo lleva a realizar una selección de personas y, por consiguiente, un endurecimiento de las políticas de protección social³¹⁶. A sensu contrario, lo ideal sería que las políticas comunitarias caminaran en un sentido más de integración y refugio, en lugar de fomentar la expulsión y la limitación de derechos. Este fenómeno no sólo está propiciando una desnaturalización del concepto de ciudadanía, sino también una mercantilización del estatuto jurídico de los nacionales de terceros países. A este respecto, algunos Estados miembros están llevando a cabo prácticas una serie de «prácticas» para la venta de la nacionalidad, a saber: países como Portugal, Grecia Chipre, Bulgaria, Hungría, España ya están facilitando la concesión de la nacionalidad y, por ende, la de ciudadanía de la Unión (y/o del permiso de residencia) a cambio de cuantiosas inversiones en propiedades inmobiliarias o compra de deuda soberana para los nacionales

313. VV.AA., MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord), *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

314. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George», *Documentación Laboral*, n.º 83, 2008.

315. SOBOTOVICOVA, S.: «El contenido del (in)existente “derecho” a la libre circulación y residencia de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la Unión Europea», VV.AA., UGARTEMENDIA ECEIZABARRERA, J.I (Dir.), *La Tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Comunidad Autónoma de Euskadi, Instituto Vasco de Administración Pública, 2016, pp. 421-423.

316. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados»... *op. cit.*, p. 2

de estos países con un alto poder adquisitivo e inversor. La aplicación de la norma no parece que vaya a provocar un aumento significativo inmediato del número de beneficiarios del derecho a la libre circulación, pero incorpora un elemento selectivo y discriminatorio, esto es, un atajo para acceder primero a la residencia, después a la nacionalidad y, como colofón, a la ciudadanía de la UE³¹⁷.

La obligación de respetar los derechos fundamentales y el acceso al sistema de protección social vienen determinados no sólo por las políticas migratorias, sino también por los instrumentos comunitarios. Y es que en ellos se determinan los requisitos y condiciones para el acceso a ese marco privilegiado de garantías y, por ende, a la condición de ciudadano. Los últimos constituyen piedra angular para la salvaguarda del derecho a la libre circulación en la Unión.

Desde el Tratado de la Comunidad Europea hasta el TFUE se recoge este derecho como un principio esencial, en virtud del cual ningún trabajador migrante podrá ver mermado sus derechos (incluidos los nacionales de terceros países)³¹⁸. El alcance material de este derecho no sufre, en principio, ningún cambio tras la publicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, pues la misma (con carácter vinculante) no puede alterar o distorsionar el régimen establecido en el sistema de Tratados. Recuérdese que la CDFUE establece el derecho a la libre circulación y residencia para los ciudadanos de la Unión³¹⁹, pero además reconoce de forma expresa la facultad de atribuir este mismo derecho a los nacionales de terceros países que «residan legalmente» en el territorio de la UE. Por su parte, el Tratado de Lisboa vuelve a confirmar lo previsto en la Carta de DFUE, al establecer que la Unión adoptará medidas en el ámbito de la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros. Y, de igual modo, el TFUE insiste en esta materia al regular separadamente la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena en su artículo 45 y el disfrute de este derecho para los ciudadanos de la UE en su artículo 21.1. De esta dual diferenciación cabe extraer, en conclusión, la aplicación de un régimen distinto en función del derecho a residencia (ciudadanía en la Unión)³²⁰ el cual determina el acceso o no a las prestaciones no contributivas.

Aún cuando la actual legislación ha ampliado el ámbito personal y el contenido del derecho a la libre circulación, buscando así crear una Europa sin fronteras, lo cierto es que en la práctica este derecho se ha visto claramente merma-

317. GORTÁZAR ROTAECHE, C.J.: «Identity, Member States Nationality and EU Citizenship: Restitution of Former European Nationals v. Naturalisation of New European Residents», en *The Reconceptualisation of European Union Citizenship*, Leiden, Brill Nijhoff, 2013.

318. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Libre circulación en la Unión Europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social»... *op. cit.*, p. 112.

319. El artículo 45. 1 de la Carta de DFUE establece que todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros

320. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras»... *op. cit.*

do y limitado. A buen ejemplo, el artículo 48 del TFUE³²¹ establece que: «El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residen en los territorios de los Estados miembros».

La ausencia de unas reglas de armonización para el colectivo comunitario, así como de una doctrina judicial europea uniforme en esta materia, propicia la aplicación de unas reglas de acoplamiento que construyen un «puente jurídico» entre los distintos sistemas de Seguridad Social para así garantizar el manteamiento de los derechos adquiridos. No se busca tanto la unión entre los dispares sistemas de protección social, sino que las pautas en este terreno quedan constreñidas al ámbito de la coordinación comunitaria. Cobra relevancia, en este punto, la promulgación del Reglamento CE n.º 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, la cual se desarrolla por el Reglamento 987/2004³²². De este modo, se promueve el mantenimiento de distintos regímenes de Seguridad Social, al tiempo que los ciudadanos de la Unión y residentes legales podrán beneficiarse del derecho a la libre circulación ya sea por vía del Derecho Interno de cada uno de los Estados comunitario o del completado por la UE (vasos comunicantes)³²³.

2.3. Restricciones al derecho a la libre circulación de migrantes y derecho a la asistencia sanitaria

La construcción del concepto de ciudadanía europea parte de la inicial distinción entre «extranjeros procedentes de la Unión» y «extranjeros de fuera de la UE». Así pues, los primeros gozarán de un estatuto privilegiado de derechos, mientras que los segundos habrán de alcanzar la condición de residentes legales —según la legislación de cada uno de los países miembros de la UE— para poder disfrutar del contenido normativo que establece la libre circulación (artículo 20.1 del TFUE)³²⁴.

321. Antiguo artículo 42 del TCE.

322. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social...* op. cit.

323. Ver las sentencias del TJUE de 3 de abril de 2008, C-331/06, petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Amsterdam - Países Bajos - K.D. Chuck/Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank; y la de 21 de febrero de 2013, C-619/11, Patricia Dumont de Chassart contra Office national d'allocations familiales pour travailleurs salariés (ONAFTS).

324. Véase la sentencia del TJCE de 10 de julio de 2008, C-33/07 en el asunto Jipa.

La regulación del derecho a la libre circulación y residencia, en su versión primaria, ya potenciaba esta diferenciación entre ciudadanos de primera y segunda clase, de ahí que se haya erigido un concepto de Europa a distintos niveles. La ampliación de la libre circulación también a los nacionales de terceros países que cumplan con la condición de residencia supone que la acción normativa del colectivo comunitario la UE se ubica en el Espacio de libertad, seguridad y justicia (artículo 4 (2) letra j del TFUE). Ahora bien, cabe preguntarse ¿hasta qué punto son considerados éstos extranjeros? La concepción clásica de la dicotomía nacional-extranjero se transforma ahora, de tal modo que «el binomio» (extranjero de la UE y extranjero extracomunitario) se dirige hacia un trinomio que distingue al nacional, del europeo y de otros sujetos. Queda claro pues que el Derecho originario no amplía la libre circulación y residencia a todos los nacionales de terceros países, sino que diferencia entre los nacionales de terceros países ilegales y legales. La diferencia entre inmigrantes legales e ilegales podría parecer extremadamente simple, aunque por supuesto no lo es desde la perspectiva del Tratado de Lisboa³²⁵. Por todo ello, estos colectivos de migrantes quedan abogados a sufrir constantes sospechas en cuanto a su situación administrativa, lo que repercute en el disfrute de sus derechos fundamentales como personas.

No obstante a lo anterior, el derecho a la libre circulación y residencia de la UE se amplía también para los nacionales de terceros países «legales» por la triple vía del parentesco, residencia legal y voluntad declarada de facilitar la integración a los extranjeros en situación regular. Asimismo, los nacionales del Espacio Económico Europeo (EEE) podrán beneficiarse de ese estatuto privilegiado que integra a la libre circulación en el ámbito del Derecho de la Unión.

El contenido del derecho a la libre circulación, esto es, a la entrada, a circular libremente y a residir en el territorio comunitario, viene limitado por la duración de la estancia. Y ello es porque la UE desarrolla y crea las condiciones a las que los nacionales de terceros países habrá de someterse para poder circular por el ámbito comunitario. Así pues, la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril³²⁶ se alza en guía diferenciadora entre aquellas estancias que son inferiores a tres meses (Art. 6 de la Directiva)³²⁷ o superiores a tres meses (Art. 7 de la Directiva)³²⁸

325. SOBOTOVICOVA, S.: «El contenido del (in)existente “derecho” a la libre circulación y residencia de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la Unión Europea»... *op. cit.*, p. 427.

326. Relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En España la transposición de este Directiva operó a través del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, obre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

327. Basta aquí con la posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos para que los ciudadanos de la Unión o del EEE puedan circular libremente por la UE.

328. El artículo 7 de la Directiva supedita el derecho de residencia al cumplimiento de cuatro requisitos: a) ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, b) disponer para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así

y dentro del espacio de Schengen. En ambos casos, cabe reseñar que la libre circulación es plena, mientras que en caso de necesitar visado los excomunitarios deberán cumplir con los requisitos que señala el art. 5.1 del Reglamento 562/2006, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras³²⁹.

Finalmente, para períodos superiores a tres meses se establecen diferentes requisitos por parte de las directivas comunitarios que si se cumplen por los nacionales de terceros países se considerarán en situación legal. Dentro de la primera categoría se encuentran los trabajadores: a) altamente cualificados o titulares de la tarjeta azul³³⁰, b) trabajadores temporeros³³¹, c) traslado intraempresarial de un directivo, especialista y de trabajador de formación o ICT móvil³³² y d) trabajadores que residen legalmente en un Estado miembro³³³. Forman parte de la segunda categoría, de un lado, los investigadores³³⁴ y, de otro, los estudiantes, alumnos, aprendices y voluntarios³³⁵ (se incluyen aquí también la

como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, 3) ser estudiante y disponer de recursos suficientes, aparte de concertar un seguro médico y 4) ser miembro de la familia de un ciudadano de la UE que se encuentre en alguna de las situaciones anteriores.

329. Prevé este precepto que los nacionales de terceros países, para entrar al área Schengen para una estancia que no exceda de tres meses dentro de un período de seis meses, deben cumplir las siguientes condiciones: a) estar en posesión de un documento o documentos de viaje válidos que permitan el cruce de la frontera; b) estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (1), salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido; c) estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios; d) no estar inscrito como no admisible en el SIS; e) no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

330. Directiva 2009/50/CE, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.

331. Directiva 2014/36/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros.

332. Directiva 2014/66/UE, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales.

333. Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

334. Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

335. Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.

movilidad «au pair»). Dentro de la tercera categoría se encuentran los residentes de terceros países que residan legalmente el territorio de un Estado miembro de la UE³³⁶. Y, en cuarto lugar, aparecen los nacionales de terceros países con derecho a la reagrupación familiar, a saber: 1) el previsto para nacionales de terceros países³³⁷ y 2) los miembros o familiares de un ciudadano comunitario³³⁸ (el cónyuge; la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro; los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja; cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad y la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada).

3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO DERECHO DESMERCANTILIZADO. CAMINANDO HACIA LA «UNIVERSALIDAD» Y LA «PUBLIFICACIÓN» INTEGRAL DE LA GARANTÍA DE SU CONTENIDO ESENCIAL

En España el legislador le reconoce a la salud —como rama específica del sistema de Seguridad Social— el carácter de derecho social prestacional, aunque circunscrito al sistema debilitado de garantías que prevé el artículo 53 CE³³⁹. Ello no implica que los poderes públicos desatiendan el ejercicio de este derecho hasta el punto de rebajarlo a la categoría de derecho mercantilizado, sino que como bien jurídico digno que es será objeto de tutela por el ordenamiento tanto desde una perspectiva individual (derecho a la protección de la salud), como colectiva (protección de la salud pública). Se pretende, por ende, colocar al individuo necesitado de asistencia sanitaria en una posición estatutaria de grado suficiente de inmunidad que respete su posición de poder jurídico en las relaciones de mercado y proteja sus derechos fundamentales a la dignidad, vida e intimidad. Por lo demás, en una interpretación sistemática del texto constitucional, la cláusula de reenvío a la normativa internacional de carácter fundamental regulador de la materia se materializa en el artículo 10.2 CE que permite *incorporar el estándar mundial y europeo conseguido como delimitado del alcance específico del derecho a la Salud y a la asistencia sanitaria en particular*. Cier-

336. Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

337. Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

338. Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

339. ORTEGA LOZANO, P.G.: «La responsabilidad patrimonial de la administración por una deficiente asistencia sanitaria», en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, pp. 847 y ss.

tamente, los «derechos fundamentales sociales» son verdaderos derechos en sentido jurídico³⁴⁰.

Haciendo un breve repaso legislativo se observa que el derecho a la salud, desde el año 2000, se ha consolidado en España para los inmigrantes irregulares únicamente en los casos de urgencia. Sin embargo, a partir del año 2009 su ámbito de aplicación se fue extendiendo también a los casos de atención primaria y especializada, pero siempre a condición de que los inmigrantes irregulares estuviesen empadronados. En efecto, todos los extranjeros empadronados en España, con independencia de su situación administrativa, gozaban del derecho a la asistencia sanitaria «en las mismas condiciones que los españoles», de conformidad con el art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIS).

Un importante cambio de rumbo se produce tras la entrada en vigor del RD-ley 16/2012, de 20 de abril: una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud. Son varias las modificaciones legislativas que este arrollador Real Decreto introduce en el sistema jurídico, lo que llega hasta el punto de denegar a los extranjeros en situación irregular administrativa en España el derecho al acceso a la asistencia sanitaria, en igualdad de condiciones a los españoles y con cargo a los fondos públicos³⁴¹.

La misma Exposición de Motivos del Real Decreto del año 2012 se refiere a este hecho y aclara que, con esta reforma, lo que se pretende es «afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo». Ciertamente, fue una reforma que al titular del derecho a la protección de la salud le afectó enormemente. Y es que no cabe duda de que con ella quedaron afectados los pilares básicos que sostienen al sistema sanitario en lo que a derechos y obligaciones se refieren, en particular: la cobertura, el gasto, las prestaciones y los resultados. Se justifica esta reversión y desnaturalización del derecho a la asistencia sanitaria en base a una serie de situaciones que tienen que ver con la asistencia sanitaria prestada a ciudadanos comunitarios y provenientes de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo³⁴². En efecto, aunque no se refiere a este razonamiento de manera directa

340. MONEREO PÉREZ, J.L.: «¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación»... *op. cit.*

341. Se modifica el artículo 3 de la Ley 16/ 2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (artículo 1 del RD-ley 16/2012) y, de igual modo, el art. 12 de la LOEXIS (en concreto, la Disposición Final tercera RD-ley 16/2012).

342. «Se intentaría evitar que determinados ciudadanos comunitarios accedieran a la condición de asegurados, lo que de acuerdo con la normativa europea les otorgaría derechos como el acceso a la tarjeta sanitaria europea o el derecho al reembolso de las prestaciones de asistencia sanitaria disfrutadas en otros estados de la UE. Tal objetivo se alcanzaría mediante la denegación de la condición de asegurado a cualquier persona no autorizada a residir en España (caso de nacionales de terceros Estados) o registrada como residente (caso de ciudadanos de Estados Miembro de la UE y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo). Así, la situación en que quedan los nacionales de terceros Estados afectados por la medida aparece como una especie de

el Real Decreto-Ley de 2012, lo cierto es que cabe deducirlo de las referencias normativas que se realizan a un dictamen motivado de la Comisión Europea³⁴³ sobre la emisión de la tarjeta sanitaria europea. Y, de igual modo, tiene mucho que ver el contenido del informe del Tribunal de Cuentas en el que se justifican las medidas adoptadas³⁴⁴.

Efectivamente y en base a un criterio de racionalidad económica, el Real Decreto-Ley 16/2012 introduce en la regulación del Sistema Nacional de Salud (SNS) la figura del «asegurado», de manera que la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos se garantizará únicamente a las personas que ostenten tal condición (art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, según queda redactada por el RD-ley 16/2012)³⁴⁵. Por lo que, de una manera descarada y desproporcionada, mediante la figura del Real Decreto el legislador priva a los extranjeros en situación irregular (ya que no ostentan la condición de asegurados) del acceso al derecho de asistencia sanitaria en España³⁴⁶.

No obstante a lo anterior, la norma exceptuó a un grupo de extranjeros (no autorizados, ni residentes) de esta consideración al entender que se tratan de supuestos especiales. En particular, podrían acceder a «determinadas modalidades» de asistencia sanitaria: asistencia al embarazo, parto y posparto; urgencia por enfermedad grave o accidentes. Aparte, se dice que todos los extranjeros menores de 18 años recibirían asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (artículo 3 ter de la Ley 16/2003, en su redacción dada por el RD-ley 16/2012).

Esta exclusión fue duramente criticada por la doctrina, llegando así a calificarla de «abandono» e incluso de una «conquista social» y por ende, de un retroceso en la universalidad del sistema sanitario, puesto que se les priva de cualquier tipo de protección a su derecho a la salud mediante la preceptiva condición

“efecto colateral” de la misma, que poco tiene que ver con sus objetivos declarados, si atendemos a las justificaciones proporcionadas por los responsables de su puesta en marcha». Ver SANGÜESA RUIZ, N.: «El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012», *Revista REDUR*, n.º 13, 2015, pág. 236.

343. Dictamen motivado de la Comisión Europea 2009/2341 dirigido al Reino de España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas comunidades autónomas.

344. Se trata, en concreto, del Informe de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social aprobado por el pleno del Tribunal de Cuentas el 29 de marzo de 2012 (Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social, publicada en el BOE núm. 72, lunes 25 de marzo de 2013).

345. El Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (RD 1192/2012) desarrolló reglamentariamente estas previsiones.

346. SANGÜESA RUIZ, N.: «El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012», *Revista REDUR*, n.º 13, 2015, pp. 233 y 234.

de asegurado o beneficiario impuesta por la reforma³⁴⁷. De modo que se sustituye así, la condición de empadronado que se exigía antes a los inmigrantes en situación irregular para el acceso al SNS. A este respecto, el Tribunal Constitucional recuerda en su sentencia 97/1990, de 24 de mayo, dos importantes teorías a tener en cuenta, a saber: «Por un lado, si se contempla el derecho a la salud como un derecho únicamente de carácter prestacional no procedería aplicar la teoría de la “irreversibilidad” de las conquistas sociales, es decir, no se tendría que volver a aquella situación en la cual se establecía un sistema asistencia sanitaria universal a todos aquellos colectivos que se encontrasen en una situación irregular en España. Por otro lado, si tenemos en cuenta el derecho a la salud como un derecho conectado con otros derechos fundamentales podría admitirse un cierto grado de “irreversibilidad”, dando origen a la justificación por el legislador de todas las medidas limitadoras del derecho configurado legalmente con la finalidad de evitar restricciones desproporcionadas de las conquistas sociales».

Entiende una buena parte de la doctrina científica que con esta medida se está vulnerando el derecho a la vida y ello por no mencionar los posibles problemas que sobre la salud pública esta importante limitación puede acarrear en la práctica. Aparte cabe decir que la figura del Real Decreto Ley no es quizás la más adecuada para la regulación de un tema de gran relevancia constitucional y social como es la presente. Y es que, sin lugar a dudas, no concurren los presupuestos habilitantes de «extraordinaria y urgente necesidad» para que, en base a una finalidad económica, se elimine la protección a la salud universal de toda persona haciendo así prevalecer la condición de asegurado por encima del respeto a los derechos fundamentales a la vida, dignidad e integridad física. Pero siendo ello cierto, conviene matizar atenuando esta crítica, que no se debe desconocer que las exclusiones operadas en la legislación precedente de la asistencia sanitaria a varios colectivos de personas suponían un intolerable desconocimiento fragante y de máxima gravedad de que estamos ante un derecho social fundamental de toda persona.

Esta reforma fue objeto de una considerable problemática debido principalmente a su fundamentación económica y excluyente. De ahí que las Comunidades Autónomas fueran adoptando posturas muy diferentes al respecto³⁴⁸. Así por ejemplo, en algunas de ellas el reconocimiento de la asistencia sanitaria fue total al considerar que, con este Real Decreto, se estaba vulneración el derecho a la vida de los extranjeros en situación irregular. Ciertamente se trata éste de un colectivo muy vulnerable y que, ante momentos de recesión económica, precisa de una mayor protección para así no vulnerar sus derechos humanos fundamentales. De este modo, se han llevado a cabo actuaciones a nivel administrativo con el objeto de proporcionar, a todas o algunas de estas personas, atención sanitaria no incluida en el Real Decreto-Ley del año 2012 (a saber: las CCAA de Andalucía,

347. ARZOLA ASTACIO, H. L.: «Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros»... *op. cit.*, p. 128.

348. GUINDO MORALES, S.: «El Derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares»... *op. cit.*, pp. 232 y 233.

Asturias, Cataluña y País Vasco)³⁴⁹. Por su parte, en otras Comunidades Autónomas se fueron desarrollaron mecanismos legislativos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares (es el caso de las CCAA de Castilla y León y Comunidad Valenciana³⁵⁰. Finalmente, hubo algunas CCAA que, por el contrario, aplicaron estrictamente las previsiones recogidas en este Real Decreto-Ley, excluyendo así a los inmigrantes en situación irregular del derecho a la asistencia sanitaria (se encuentran incluidos en este grupo: Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Islas Baleares, Extremadura, Aragón o Murcia)³⁵¹.

3.1. Conflicto de competencias entre Estado y CCAA: un alto en el camino. Paradojas y breve alusión a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional de 134/2017 y 145/2017

De conformidad con el reparto de competencias que establece la CE, al Estado le corresponde la función de regular la situación jurídico-administrativa de los extranjeros en España (artículo 149.1.2 CE). Dicho en otras palabras, será el Estado quien de acuerdo con lo que dispone la LOEXIs y la Ley General de la Seguridad Social delimite que sujetos tienen derecho y quienes no a la asistencia sanitaria. Por todo ello, el legislador ha limitado el acceso a este derecho humano universal a la condición de asegurado y, en su defecto, a la situación legal y administrativa de los extranjeros.

De acuerdo con la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 149.1.16 y 17 CE, le corresponde al Estado fijar las bases y la coordinación general de la sanidad, así como el régimen económico de la Seguridad Social. Sin embargo, al tratarse de una competencia compartida entre Estado y CCAA, podrán éstas desarrollar y ejecutar las condiciones básicas dispuestas por el Estado. Haciendo gala de este título de reparto competencial, las Comunidades Autónomas han ido asumiendo paulatinamente competencias en materia de sanidad, lo que al tiempo ha determinado el surgimiento de un sistema público sanitario poco uniforme en todo el territorio nacional y para los mismos sujetos beneficiarios³⁵².

349. Dichas CCAA atribuyen a los inmigrantes irregulares el acceso a las prestaciones sanitarias del servicio de salud autonómico en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. No obstante, las mismas exigían previamente que el inmigrante cumpliera determinados requisitos: carecer de otro sistema de cobertura sanitaria, el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma que difiere de unas Comunidades a otras y no superar una cuantía de ingresos determinada.

350. Se reconoce, por tanto, la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. Ahora bien, se establece la obligación de facturar los servicios prestados.

351. DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril", *Revista REDP*, núm 163, 2014, pp. 220 y ss.

352. MALDONADO MOLINA, J.A.: «Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria», en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA,

Además, cabe precisar que el Estado —a través de la Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud— ya ha establecido una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud la cual se integra por una serie de derechos sanitarios mínimos para todos aquellos que sean nacionales y extranjeros residentes, siempre y cuando tengan la condición de asegurado. Ello no constituye óbice para que, en lo que respecta a su ámbito propio, las Comunidades Autónomas pueden llevar a cabo la implantación de otro tipo de prestaciones mediante la creación de una cartera de servicios complementaria para todos aquellos que tengan la condición de asegurado o beneficiario, de modo que podrán éstas facilitar el acceso a los extranjeros irregulares en determinados supuestos y con el cumplimiento de ciertas condiciones, a personas de que no ostentaran la condición de asegurado³⁵³. De ahí se explica ese panorama tan disperso y conflictivo que se crea con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

Ahora bien, la cuestión de la asistencia sanitaria se vuelve aún más peliaguda tras la sentencia del Tribunal Constitucional 134/2017, de 16 de noviembre de 2017 en el conflicto positivo de competencia núm. 4540-2012, interpuesto por el Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra los artículos 1, 2 (apartados segundo y tercero), 3, 4, 5, 6 (apartados primero y segundo), 7 (apartados segundo y tercero) y 8 (apartados primero y segundo) y la Disposición Final primera del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Sorprende el retroceso y desnaturalización que del derecho al acceso a la asistencia sanitaria para los inmigrantes irregulares se produce tras esta sentencia³⁵⁴. Y es que el Alto Tribunal nacional falla a favor del Estado al declinarse por estimar parcialmente el conflicto positivo de competencias interpuesto por el gobierno contra el Decreto núm. 114/2012 de 26 de junio «sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi», en cual se incluía dentro de su ámbito de protección (artículo 1 y demás preceptos relacionados con el mismo) a «aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo»³⁵⁵.

Afirma el Tribunal Constitucional, tras un exhaustivo estudio al título competencial que otorga la Carta Magna en el artículo 149.1 apartado 16 y 17 de la

M^a.N.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007, pp. 99 y siguientes.

353. ARZOLA ASTACIO, H. L.: «Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros»... *op. cit.*, pp. 112, 113 y 114.

354. Cabe citar, a este respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/2016 de 21 de julio de 2016, por su estrecha relación en cuanto a los fundamentos jurídicos constitucionales que se utilizan en la STC de 16 de Noviembre de 2017.

355. Esta sentencia cuenta con el voto particular emitido por los magistrados: Fernando Valdés, Juan Antonio Xiol, Cándido Conde-Pumpido, María Luisa Balaguer y Antonio Narváez.

CE³⁵⁶, que «... el artículo 149.1.16 CE prevalece sobre el referido a la materia de Seguridad Social previsto en el artículo 149.1.17 CE»³⁵⁷. Recuerda que el hecho de que «el Real Decreto-ley 16/2012 se haya decantado por configurar un régimen de acceso a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, basado en el principio del aseguramiento no determina que la materia haya de encuadrarse en el título competencial de Seguridad Social». De igual modo, la doctrina del Tribunal Constitucional viene declarando que «... a pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (artículo 149.1.17 CE)»³⁵⁸.

Es la primera vez que el Tribunal Constitucional resuelve de manera directa la cuestión competencial relativa al ámbito subjetivo del Sistema de Salud, pues hasta el momento la doctrina constitucional sólo venía desarrollado la concepción de las bases como un mínimo común uniforme aunque mejorable por las Comunidades Autónomas³⁵⁹. Sin embargo, el Constitucional no se había pronunciado en cuanto al ámbito subjetivo de quienes podían ser asegurados o beneficiarios. A este respecto, cabe tener presente lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 3 es modificado por el RDL del año 2012.

Antes de la reforma del año 2012 se decía que eran titulares de los derechos a la protección de la salud y la asistencia sanitaria «a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000. b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación. c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión

356. Cabe citar el estudio exhaustivo que, a este tema, realiza el profesor DURBÁN MARTÍN, I.: «La (dudosa) inconstitucionalidad de la sanidad universal valenciana», en su blog: <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5185>

357. En el mismo sentido se pronuncia el TC en la sentencia 140/2017, de 30 de noviembre de 2017, de la que fue ponente el magistrado Alfredo Montoya, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley Foral 18/2012, de 19 de octubre, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra (publicada en el suplemento del BOE del 8 de enero).

358. Véase las Sentencias del TC 98/2004, de 25 de mayo; 136/2012, de 19 de junio y la 64/2017, de 25 de mayo.

359. La «*ratio decidendi*» de los tres votos particulares a esta sentencia gira en torno al amplio título competencial que interpreta el TC a favor de la legislación básica estatal. A este respecto, los magistrados discrepantes expresan su profundo desacuerdo con la tesis mayoritaria y, de hecho, la comparan con «un muro rígido e infranqueable» que restringe toda capacidad a las Comunidades Autónomas para establecer una normativa propia al respecto. En efecto, critican los tres magistrados que semejante línea interpretativa asentada por el TC equivale a otorgar al Estado la competencia exclusiva en materia de sanidad, lo cual, como resulta obvio, desvirtúa por completo el régimen de distribución competencial previsto en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía.

Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos». Sin embargo, el panorama se complica tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012, ya que ahora se exige que el inmigrante esté en algunas de las siguientes situaciones: afiliado a la Seguridad Social, sea pensionista, perceptor de prestaciones por desempleo o se encuentre inscrito como demandante de empleo, ser familiar de estas personas en los términos del apartado 4, carecer de recursos económicos si no se encuentran en ninguno de los supuestos anteriores o, finalmente, suscribir un convenio especial con la Seguridad Social. La relevancia del cambio se encuentra, más concretamente, en la incorporación a la Ley 16/2003 de un nuevo número 3 ter a la mencionada disposición 3 que se refiere de forma clara y explícita a los extranjeros «no registrados ni autorizados como residentes en España», a los que sólo se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria cuando se trate «de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación del alta médica», y también «de asistencia al embarazo, parto y postparto», salvo que se trate de menores de 18 años y en cuyo caso «recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles». En otras palabras, el empadronamiento del extranjero irregular no dará derecho a recibir asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que el resto de personas, autóctonas o extranjeras residentes, ya que exige además de residir en nuestro país que los extranjeros coticen a la Seguridad Social y paguen impuestos para así tener derecho a la tarjeta sanitaria.

Entiendo el Tribunal Constitucional que el artículo 3 de la Ley 16/2003, en la redacción proporcionada por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012, aclara que el eje central sobre el que se asienta el derecho a las prestaciones sanitarias viene delimitado por los conceptos nucleares de asegurado y beneficiario. El Real Decreto-Ley 16/2012 ha diseñado un sistema de bases que, en palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016 de 21 de julio³⁶⁰: «supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud», toda vez que los criterios de delimitación de la titularidad del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias son diferentes a los que se establecía anteriormente³⁶¹. Por todo ello, «la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el tantas veces citado art. 3 de la Ley 16/2003, a excepción del supuesto residual de la suscripción del convenio especial previsto en el apartado 5 del citado precepto».

De acuerdo con este criterio doctrinal el artículo 2.2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio contradice la normativa básica estatal, toda vez que mientras que la norma vasca reconoce indefinidamente el derecho de acceso a las prestacio-

360. Publicada en el BOE núm.196 de 15 de agosto de 2016.

361. MONEREO PÉREZ, J.L. Y ORTEGA LOZANO, P.G.: «La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico»... *op. cit.*, p. 37.

nes sanitarias, la normativa estatal únicamente lo limita temporalmente hasta el 31 de agosto de 2012, de tal manera que, a partir de esa fecha y conforme a la normativa estatal, tales personas habrían perdido el derecho de acceso a la cobertura sanitaria financiada con fondos públicos. Así pues «conforme al sistema de distribución de competencias anteriormente examinado, el apartado de la norma vasca de referencia resulta, pues, contrario a la normativa básica estatal, que sólo reconoció a estas personas el derecho a la prestación sanitaria durante un período de tiempo muy limitado y no de modo indefinido, resultando, en consecuencia, ambas regulaciones incompatibles, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad y nulidad». De igual modo, también contradice la normativa estatal el apartado 3 del artículo 2 del Decreto 114/2012 en cuanto que «... el establecimiento en la normativa autonómica de un derecho de acceso a las prestaciones sanitarias en las mismas condiciones que los beneficiarios y asegurados supone desconocer la previsión estatal referida, que exige para que se pueda dar tal acceso la existencia de una contraprestación o pago de una cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Se constata así que existe una efectiva e insalvable contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica que determina que deba estimarse el conflicto en este punto y declararse, también, la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 3 del artículo 2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio»³⁶².

En esta misma línea vuelve nuevamente a pronunciarse el Tribunal Constitucional en su sentencia 145/2017, de 14 de Diciembre³⁶³. En ese caso, el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por el Presidente del Gobierno con motivo del Decreto-Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat de Valencia, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana. Según el citado Decreto-Ley podrán ser beneficiarias del derecho a la asistencia sanitaria las personas que, no teniendo la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud (de acuerdo,

362. «Argumenta también que la determinación de los requisitos necesarios que van a posibilitar el acceso a la asistencia sanitaria pública, constituye una parte esencial del derecho a la protección de la salud que no puede ser regulado por decreto-ley. Este aspecto del real decreto-ley incurre en inconstitucionalidad por infracción del ámbito reservado a la ley y por la remisión en blanco a un reglamento para regular aspectos esenciales de un derecho del título I CE. Ambos vicios de inconstitucionalidad se trasladan por conexión al nuevo art. 3 *bis* de la Ley 16/2003 en el que se establece que el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario, corresponderá al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina y se hará de forma automática en los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 3 de la Ley. Y por conexión también la disposición transitoria primera, con la que solamente se garantiza hasta el 31 de agosto de 2012, la asistencia sanitaria que algunas de las personas afectadas por estas medidas tienen reconocida por la legislación vigente» (Véase apartado D) del punto 2 de la sentencia de 139/2016, de 21 de julio).

363. Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del Decreto-Ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (Sentencia del TC 134/2017).

con lo dispuesto en los arts. 2 y 3 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto) reúnan los siguientes requisitos: «.. tener la condición de extranjero, mayor de edad, no registrado ni autorizado a residir en España; acreditar que se está empadronado con residencia efectiva en algún municipio de la Comunidad Valenciana un mínimo de tres meses; no tener reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud, ni tener posibilidad de acceso a cobertura sanitaria pública por cualquier otro título y no poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde el país de origen o procedencia; no poder acceder a cobertura sanitaria en el Sistema Nacional de Salud al amparo de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales existentes en materia de asistencia sanitaria; y, acreditar, mediante el informe social correspondiente, la imposibilidad de suscripción del convenio especial a que se refiere el Decreto 190/2013, de 20 de diciembre, del Consell. Las personas que accedan al sistema valenciano de salud en las condiciones establecidas en este Decreto-ley tienen acceso a la cartera común básica de servicios, en las mismas condiciones de igualdad efectiva y calidad que el resto de usuarios del Sistema Nacional de Salud» (Artículo 6, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat de Valencia).

El Decreto-Ley 3/2015 de la Comunidad Autónoma Valencia extiende y mejora el acceso a las prestaciones sanitarias de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, pero que residen efectivamente en la Comunidad Valenciana, aún cuando no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y no puedan exportar el derecho a cobertura sanitaria en el Sistema Nacional de Salud desde sus países de origen, ni exista un tercero obligado a pago. Claramente, esta norma otorga una ampliación de la cobertura sanitaria en el ámbito subjetivo de las prestaciones no contemplada por la normativa estatal, al incluir entre los sujetos que tienen la condición de asegurados a los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, pero no a los que no están registrados ni autorizados como residentes en España. Por todo ello, al no atender al criterio de lo básico establecido en la norma estatal, el Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015 es declarado, finalmente, por el Tribunal Constitucional como contrario a la Carta Magna al entender que vulnera el artículo 149.1.16 de la CE.

En ambas sentencias cabe lamentar el hecho de que el Tribunal Constitucional haya olvidado aquella doctrina que ya había asumido en su Auto 239/2012, en donde afirmaba que «el derecho a la salud y la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad no podía verse desvirtuado por un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado»³⁶⁴. Esta evidente desnaturalización del derecho a la asistencia sanitaria que se ha asentado por el

³⁶⁴. Esta sentencia cuenta con los votos particulares discrepantes de tres magistrados: Fernando Valdés, Adela Asua y Juan Antonio Xiol.

Constitucional hace tambalear peligrosamente las bases mismas que propugna la Norma Madre, en concreto, el principio de seguridad jurídica y, de otro lado, el derecho a una cuestión social. Arrastrando con ello el respeto a los derechos humanos y fundamentales de toda persona, lo cual coloca al colectivo de inmigrantes irregulares en una situación de absoluta vulnerabilidad. En definitiva, se ha experimentado en esta materia un grave retroceso que quiebra la consecución de una efectiva ciudadanía inclusiva.

3.2. Avanzando hacia la «universalidad» del Derecho a la asistencia sanitaria: puntos críticos de una reforma inacabada

La entrada en vigor del Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, ha supuesto un cambio radical en la nación española, al menos en lo que se refiere al derecho a la asistencia sanitaria prestada a través del Sistema Nacional de Salud para los inmigrantes en situación irregular administrativa. En efecto, tal y como recuerda la misma Exposición de Motivos de este Real Decreto-Ley, anteriormente (con el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril) el derecho a la asistencia sanitaria parecía salirse del ámbito de la Seguridad Social cuando en realidad no era así. Aparte, vinculaba el acceso al sistema a la tenencia de algún título con el sistema de la Seguridad Social y solo ante la ausencia de dicho título es entonces cuando entraba en juego el principio de residencia legal, que determinaba así el acceso a este derecho humano universal a la asistencia sanitaria. Sin embargo ahora el derecho a la salud se configura como un derecho de ciudadanía, de carácter universal y no solamente ligado a la residencia, por lo que se extiende también el derecho (si bien con alguna limitación) a las personas que se encuentren irregularmente en España, cuyo acceso había quedado vetado tras la entrada en vigor del Real Decreto 1192/2012³⁶⁵.

365. Indica la Exposición de Motivos lo siguiente: «Los antecedentes normativos existentes en nuestro país en reiteradas ocasiones han aludido a la universalidad de la atención sanitaria. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que regula todas las acciones que permiten hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución Española, establece los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud, como son el carácter público y la universalidad del sistema. Asimismo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, antes de su modificación en el año 2012, establecía, entre sus principios generales, el aseguramiento universal y público por parte del Estado y recogía los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria. La reforma que instauró el mencionado Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad del derecho establecida en la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Supuso, de este modo, una involución del esquema legal de cobertura hasta entonces armónico con los principios que, de conformidad con los tratados internacionales, la Constitución Española y la Ley 14/1986, de 25 de abril, deben imperar en

Gracias a esta importante reforma legislativa sobre la asistencia sanitaria se derogan tácita y expresamente algunos de los apartados del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de persona asegurada y beneficiaria a efectos de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. En particular se rectifican los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 1192/2012. Y, de igual modo, se modifican dos normas con rango legal, de un lado, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en lo que respecta al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria y, de otro, el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, en cuanto a la aportación farmacéutica.

En lo que se refiere a quienes pueden acceder a la asistencia sanitaria el artículo 3 de la Ley 16/2003 establece que podrán acceder: «a) Todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español. b) Las personas con derecho a la asistencia sanitaria en España en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que comprendan la prestación de asistencia sanitaria. En estos casos, los interesados tienen acceso a la misma, siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas». Si bien se aclara que, en el caso de que estas personas afectadas por dichos acuerdos, cuando no tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos podrán éstas obtener dicha prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (Artículo 3.3 de la Ley 16/2003). A la disposición 3.2 se adiciona ahora un nuevo apartado b) y c) que se dirige a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español. De este modo, el Real Decreto de 2018 extiende el derecho a la asistencia sanitaria a este colectivo tan vulnerable, al tiempo que revierte la situación generada en 2012 y que limitaba la asistencia sanitaria pública a los supuestos de emergencia, embarazo, parto y puerperio o para los menores de edad. De este modo, se equipara la residencia legal de los extranjeros con la estancia en España.

Finalmente, en cuanto a la titularidad del derecho a la salud, el Real Decreto 7/2018 no modifica «... el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas...». Para estos, se dice que mantendrán su régimen jurídico específico. Lo cual supone que para estos regímenes perviven aún los sistemas de cobertura, gestión y prestación de servicios independientes y diferenciados de los del SNS. Cabría plantearse, en este punto, si el título de

las políticas sanitarias, en la actuación de los poderes públicos y la configuración de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud».

«acceso universal» que otorga el título del Real Decreto 7/2018 es precisamente el más apropiado, pues plantea dudas en cuanto que no parece que haya todavía logrado esa efectiva generalización del derecho a la protección sanitaria que tanto defiende la Ley 14/1986 General de Sanidad (LGS)³⁶⁶. Se trata éste de un tema muy peliagudo, pues lo cierto es que estos colectivos no desean perder muchos de los beneficios que sus respectivos regímenes les conceden debido a esa gestión y organización separación respecto del SNS.

Ahora bien, frente a esta nueva apertura del derecho a la asistencia sanitaria el nuevo artículo 3 ter de la Ley 16/2003, prevé que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, precisándose que, a efectos de la participación en el precio de los medicamentos («copago»)³⁶⁷, las personas beneficiarias abonarán el 40 % del precio de venta al público. Esta previsión supone una importante limitación, ya que al tratarse de un derecho humano universal lo lógico hubiera sido eliminar el «copago» farmacéutico no sólo para los nacionales, sino también para los inmigrantes —cualquier que sea su situación administrativa en España—. Y es que no tiene lógica, en especial, mantener la previsión de copago en aquellos colectivos más necesitados y vulnerables (a saber: los pensionistas y los extranjeros).

Ahora bien, se dice que para que la citada asistencia sanitaria corra por cuenta de los fondos públicos de las Administraciones competentes en igualdad de condiciones que los nacionales, las personas beneficiarias habrán de acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos (nuevo artículo 3 ter): «a) No tener título de asistencia sanitaria en virtud del derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable. b) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. c) No existir un tercero obligado al pago». Sin embargo, en este apartado, radica una de las principales debilidades de este Real Decreto Ley pues, de una parte, lo lógico para alcanzar esa «universalidad» hubiera sido extender estos requisitos también para los ciudadanos de la UE. En efecto, para que estos puedan obtener la atención del SNS sin cargas económicas deberán cumplir con alguno de estos requisitos: estar trabajando en España, disponer de residencia legal o bien disponer de la tarjeta sanitaria europea³⁶⁸. Resulta curioso e incomprensible que

366. La LGS prevé el carácter «universal» del ejercicio del derecho a la protección sanitaria en España.

367. MORENO VIDA, M^a.N.: «Las transformaciones sociales y tecnológicas y su incidencia en los sistemas nacionales europeos de asistencia sanitaria: apuntes para la reflexión», en VV.AA., MORENO VIDA, M^a.N Y DÍAZ AZNARTE, M^a.T (Dir.) Y GIJÓN SÁNCHEZ, M^a. T (Coord.), *La protección social de la salud en el marco del Estado de bienestar. Una visión nacional y europea.*, Granada, Comares, 2019, p. 107.

368. Los países en los que se puede utilizar la tarjeta sanitaria europea son los siguientes: Alemania, Austria, Hungría, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Noruega, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Liechtenstein, Suecia y Suiza, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Dinamarca, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido (a pesar del Brexit continua en funcionamiento), República Checa, Rumania.

para los trabajadores temporales o beneficiarios de prestaciones por desempleo se establezca un acceso limitado a las prestaciones sanitarias europeas, quedando así condicionado el disfrute de este derecho a la duración y solicitud de estancia. Resulta necesario extender urgentemente el derecho al acceso a la asistencia sanitaria a todos los ciudadanos en condiciones de igualdad y sin ningún tipo de limitación por razones administrativas, económicas, de duración de la estancia, empleo o nacionalidad. De otra parte, entiendo que lo prudente hubiese sido igualmente establecer un sistema armonizado de asistencia sanitaria común a todos los Estados Miembros, de modo que se establezca un trato igualitario para todas las personas. Desgraciadamente, la observación de las regulaciones de la protección sanitaria otorgada a los inmigrantes en situación irregular por diferentes países europeos confirma que en ninguno de ellos se da una igualdad completa de los derechos de éstos en comparativa con la de los ciudadanos del país correspondiente. Estas limitaciones que se hacen asimismo extensibles a los mismos ciudadanos europeos. Ello es así porque aún se mantienen grandes márgenes de variación entre los niveles y plazos de protección ofrecidos a los primeros en el territorio de cada uno de los países comunitarios, al tiempo que se establecen diferencias en cuanto a la forma de organizarlos³⁶⁹.

Respecto a la figura del «tercero obligado al pago» la misma Exposición de Motivos ya indica que esta posibilidad se establece, únicamente, como criterio para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. Esta salvaguarda queda establecida de una doble forma: 1) Se establece expresamente como requisito para tener derecho a la asistencia con cargo a los fondos públicos de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España el no existir un tercero obligado al pago (artículo 3.2 b) Ley 16/2003) y 2) reconocimiento de la asistencia sanitaria será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago (artículo 3 ter 2.c) Ley 16/2003). Se trata ésta de una figura que permite a las Administraciones reclamar el gasto de la prestación sanitaria a aquellos terceros que o bien puedan ser responsables civiles y/o penales de dicho gasto, de forma que se asegure el riesgo, o no tengan cubierta la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos. En efecto, el artículo 83 de la LGS reconoce el derecho de las Administraciones Públicas para reclamar los costes de la asistencia sanitaria prestada cuando aparezca un tercero obligado al pago³⁷⁰. Por su parte, el artí-

Para poder solicitar la tarjeta sanitaria europea el ciudadano europeo deberá cumplir alguno de estos requisitos: 1) Estar en posesión de la ciudadanía o ser residente legal en alguno de los países miembros de la UE; 2) Disponer del servicio de sanidad pública en el país en el que se pretende dar uso a la Tarjeta Sanitaria Europea y 3) Disponer de DNI o tarjeta de residencia en vigor.

369. MORENO VIDA, M^a.N.: «Las transformaciones sociales y tecnológicas y su incidencia en los sistemas nacionales europeos de asistencia sanitaria: apuntes para la reflexión... *op. cit.*, p. 105.

370. «Los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos

culo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización indica que: «... los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX»³⁷¹.

La única limitación que se establece, en los casos de asistencia sanitaria en favor de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, consiste en la ausencia del derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos, es decir, que no existirá en relación con las mismas el derecho a la «exportación» del derecho a la asistencia sanitaria, en sus desplazamientos al territorio de otro Estado, aunque este último esté ligado con España en virtud de la normativa comunitaria de Seguridad Social o de convenios bilaterales.

Para el reconocimiento del derecho a la salud a los inmigrantes irregulares, el artículo 3 bis (modificado tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 7/2018)

pacientes. A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados».

371. Señala el Anexo IX Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago Conforme a lo previsto en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el artículo 2.7 del presente real decreto y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluido el transporte sanitario, la atención de urgencia, la atención especializada, la atención primaria, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica, las prestaciones con productos dietéticos y la rehabilitación, en los siguientes supuestos: 1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud. 2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito. 3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina. 4. Seguros obligatorios... 6. Ciudadanos extranjeros: a) Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social. b) Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España. 7. Otros obligados al pago. a) Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos en caso de que se haya suscrito contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil que cubra las contingencias derivadas de estas actividades. b) Seguro escolar. c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes».

establece que la competencia para «... el reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos corresponderá al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social con la colaboración de las entidades y administraciones públicas imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos a los que se refiere el artículo 3.2, en la forma en que se determine reglamentariamente». Precisamente aquí se produce una importante novedad de difícil encaje al concretar que será la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, la competente para dictar actos administrativos de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos. Por lo que una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos por el Estado, éste se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, las cuales facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual. En otras palabras, lo que precepto quiere expresar es que ahora las Comunidades Autónomas —con competencias en materia de sanidad atribuidas— no podrán expedir tarjetas sanitarias en favor de ciudadanos si previamente no se ha reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social³⁷². Esta concreción genera una importante dilatación en cuanto al tiempo de espera en el acceso al derecho, que dependerá del reconocimiento o no que haga el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social.

A las esperas del necesario desarrollo reglamentario, resulta muy difícil hoy por hoy articular un sistema dinámico de intercambio de datos y tramitación de tarjetas sanitarias al precisar de autorización expresa del Estado y desvinculada de la Seguridad Social. Y es que, recuérdese que, a nivel nacional, existe un sistema fraccionado de regulación de la asistencia sanitaria en función del estado de autonomías. Ciertamente, se puede cumplir la consecución del objetivo, pero desgraciadamente el sistema arbitrado resulta algo tortuoso. Por todo ello y a esperas de que se materialice el procedimiento, la disposición transitoria segunda establece un régimen transitorio para el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos: «En tanto que no entre en vigor el reglamento previsto en el artículo 3 bis.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, se mantendrán los procedimientos vigentes y las bases de datos existentes antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley».

Finalmente, en la Disposición final tercera del Real Decreto-Ley 7/2018, se regulan los conceptos de asegurado y beneficiario a efectos de lo previsto en la normativa internacional y la aportación a la prestación farmacéutica. Ahora bien cabe lamentar la falta de concreción de esta disposición, que tanto favorece la

372. GÓMEZ ZAMORA, L.J.: «Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud», *Revista Gabillex*, n.º 15, 2018, pp. 314 y 315.

dispersión normativa. Recoge este precepto que se entenderá por asegurado, a efectos de las prestaciones de asistencia sanitaria, aquellas personas que cumplan con los requisitos que establece el artículo 3.2 de la Ley 16/2003. De igual modo, habrá de tenerse en cuenta las reglas de supresión que recogen las normas reglamentarias (esto es, el Real Decreto 1192/2012) por las cuales se regula la condición de asegurado/beneficiario o de los procedimientos a efectos de su reconocimiento. Asimismo, la normativa ha de tener en cuenta las exigencias de la normativa internacional de Seguridad Social (especialmente, los reglamentos comunitarios de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social), en la que es frecuente que se utilicen tales términos, respecto del derecho a las prestaciones y servicios recogidos en los mismos.

El texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, utiliza el concepto para definir la aportación de los usuarios y sus beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria conforme al artículo 102. En función de ello, y conforme a la disposición adicional única, a los efectos indicados el concepto de asegurado se ha de entender realizado a aquellas personas que se encuentren en alguno de los supuestos indicados en el apartado 1.1, a saber: «a) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español. b) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia. c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía»³⁷³.

Por su parte, tendrán la condición de beneficiarios de las personas anteriores, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad que acrediten la inscripción oficial correspondiente. Igualmente, se incluyen como beneficiarios a los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%, siempre que cumplan todos los requisitos que a continuación se detallan: «a) Tener su residencia legal y habitual en España, salvo que la misma no sea exigible en virtud de la norma internacional correspondiente, o que se trate de personas que se desplacen temporalmente a España y estén a cargo de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español en situación asimilada a la de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social³⁷⁴. b) No encontrarse en alguno de los siguientes supuestos de los regímenes de la Seguridad Social: 1º Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado y en situación de alta o asimilada a la de alta. 2º Ostentar la condición de

373. Éstos están previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo.

374. Todo ello en los términos de la Orden de 27 de enero de 1982, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de empresas españolas.

pensionista de dichos regímenes en su modalidad contributiva. 3º Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de dichos regímenes».

3.3. Retroceso en la universalidad del derecho a la asistencia sanitaria de inmigrantes regulares en España: Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019 (número de recurso: 1068/2018)³⁷⁵

En la presente sentencia de 13 de Mayo de 2019 (con número de resolución 364/2019 y con número de recurso: 1068/2018), el Tribunal Supremo resuelve la discrepancia planteada en torno al derecho de acceso a la asistencia sanitaria por una ciudadana española que reagrupó a su madre —de nacionalidad cubana—. En concreto, a la persona inmigrante le fue concedida, al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 240/2007, la «tarjeta de residencia temporal de familiar de la Unión».

Constan los siguientes antecedentes de hecho: 1) Con fecha 6 de abril de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que, estimando íntegramente la demanda presentada por D^a Rosaura contra el INSS, debo declarar y declaro el derecho de la demandante a la asistencia sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración con los efectos que de ella se derivan.— Queda absuelta la Tesorería General de la Seguridad Social de las pretensiones en su contra.» En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «a) La demandante Doña Rosaura, de nacionalidad cubana, solicitó la asistencia sanitaria ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social el 16 de noviembre de 2015, asistencia sanitaria que le fue denegada en Resolución de fecha 18 de noviembre de 2015, con fundamento en que reside legalmente en España con autorización de residencia temporal no lucrativa, por lo que ha tenido que acreditar que dispone de un seguro de enfermedad público o privado, contratado en España o en otro país, que proporcione cobertura en España durante su período de residencia equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud.— Contra dicha Resolución presentó reclamación previa, la cual fue desestimada en Resolución de 4 de diciembre de 2015.— b) La demandante está en posesión de una tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la UE, concedida el 28 de septiembre de 2015 con efectos del 12 de junio de 2015 y caducidad el 11 de junio de

375. Para un conocimiento más exhaustivo véase LÓPEZ INSUA, B.M.: «Límites y restricciones a la protección de la salud de los inmigrantes reagrupados en España», *REDMEX* n.º 53, julio de 2019. MONEREO PÉREZ, J.L. Y LÓPEZ INSUA, B.M.: «Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: Comentario jurídico-crítico a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 6, noviembre de 2019. LÓPEZ INSUA, B.M.: «Límites y restricciones a la protección de la salud de los inmigrantes reagrupados en España», *REDMEX* n.º 53, julio de 2019.

2020, toda vez que su hija Doña María Teresa es ciudadana española.» 2) Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia con fecha 21 de diciembre de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que desestimando el recurso de suplicación presentado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del INSS, contra la sentencia de fecha seis de abril de dos mil diecisiete, dictada en autos 9/2016 del Juzgado de lo Social n.º 1 de Pontevedra, seguidos a instancia de Doña Rosaura y contra la TGSS y la Entidad Gestora recurrente confirmamos íntegramente la misma en todos los pronunciamientos que contiene. Sin costas.»

El INSS recurre, en este caso, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia a fecha de 21 de diciembre de 2017 y por la que se entiende que, esta ciudadana cubana, reunía los requisitos dispuestos por el artículo 2.b y 3 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. EL TSJ afirma que la inmigrante reagrupada sí reúne la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España y con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Por su parte, el Tribunal Supremo argumenta que la concesión de la tarjeta indicada no supone la existencia automática de ese derecho, sino que la dinámica del derecho está sujeta al mantenimiento del requisito de su concesión de reagrupante. En efecto, tal y como se desprende del artículo 7.1.b y 2 del Real Decreto 240/2007, la reagrupada ha de disponer de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante el periodo de residencia, para lo cual ha de concertar un seguro de enfermedad que cubra los riesgos del reagrupado en España.

Por todo ello, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. La sentencia incluye un voto particular de dos magistrados que consideran que con esta sentencia se vulnera el derecho social fundamental a la salud, de ahí que había de confirmarse la sentencia recurrida. Las razones que arroja el Alto Tribunal para justificar el paso atrás que en la regulación del derecho a la asistencia sanitaria concede ahora se resumen de la siguiente manera: «A la vista del bloque normativo regulador expuesto... y de la referida jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, no cuestionándose en este momento que la demandante esté bajo el ámbito personal al que se refiere el art. 2.1 b) del repetido Reglamento aprobado por RD 1192/2012, resta por resolver si concurre el requisito de no tener “cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía” y si, como pretende la parte recurrente, dicho requisito no se cumple cuando se ha obtenido una residencia temporal, superior a tres meses por ciudadano o extranjero familiar.

... partiendo del principio de universalidad y sin olvidar el de financiación pública y su sostenibilidad, que igualmente informan el sistema nacional de salud, el concepto de “cobertura obligatoria de la prestación de asistencia sanitaria” es el que se pretende por la parte recurrente porque la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, cuando el solicitante es extranjero con residencia

legal, solo se otorga en el caso de que no se tenga cubierta dicha prestación de forma obligatoria por otros cauces, públicos o privados.

Y tal previsión, en casos como el resuelto en la sentencia recurrida implica que si hay un tercero obligado a cubrir dicha protección o existe una norma que así lo imponga o que tal prestación venga siendo atendida en virtud de otros aseguramientos públicos, ya no se cumplen las exigencias para que el sistema público deba atender lo que ya está cubierto.

Y esto es lo que sucede en los supuestos en que un familiar a cargo de un reagrupante, que no ostenta la condición de beneficiario, ha obtenido la residencia legal por tal vía. Dicho familiar tiene cubierta la asistencia sanitaria por el reagrupante que debe mantenerla durante todo el tiempo de residencia legal como dinámica propia e inescindible del derecho. Y esta cobertura debe ser calificada de obligatoria en tanto que viene impuesta legalmente y con permanencia durante todo el tiempo de residencia del reagrupado en el Estado de acogida. Si ello es así, la protección que se pide con cargo a los fondos públicos es innecesaria por estar ya cubierta por otra vía legal, aunque sea a cargo de un tercero que se ha obligado a dar cumplimiento a esa exigencia normativa.

Esa conclusión, se puede corroborar con las previsiones que el propio RD 1192/2012 establece en orden a las excepciones que contempla a la hora de identificar la cobertura obligatoria, entre las que no figura la que aquí se está analizando, a pesar de que su ámbito personal de afectación alcanza a extranjeros residentes en España.

Del mismo modo y respecto de la documentación por medio de la cual se debe dejar constancia de que no se tiene cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, el RD 1192/2012, le basta con una declaración responsable del interesado en el que se ponga de manifiesto la falta de cobertura de la asistencia sanitaria. Ello no impide que la Entidad Gestora, a los efectos de resolver la solicitud, pueda recabar de los órganos administrativos competentes —Registro Central de Extranjeros, a tenor del art. 4 y 3.2 c) de la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio— los datos necesarios para verificar la concurrencia de la condición de asegurado, tal y como se recoge en el art. 3 bis.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y constatar la realidad de su condición de residente legal y de concurrencia del seguro de enfermedad que debe justificarse para la necesaria inscripción».

Entiendo, siguiendo todo lo expuesto en apartados anteriores y de conformidad con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2007, que el derecho a la salud habrá de estar a lo dispuesto por su normativa legal específica para así determinar el alcance de la cobertura sanitaria para los inmigrantes³⁷⁶. Sin embargo, olvida el Constitucional y el legislador que la salud se concreta en el derecho a la asistencia sanitaria, la cual engloba ampliamente a todos los ciudadanos. En efecto, la protección a la salud y a la asisten-

376. SAURA SÚCAR, M.: «La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros», *Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, n.º 94 (99), 2001, p. 2.

cia sanitaria constituye un pilar fundamental del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo, de ahí que se configure el derecho a la salud como un derecho humano fundamental de carácter primario y esencial para el logro de una ciudadanía inclusiva³⁷⁷. Por lo tanto, independientemente de la condición administrativa del extranjero, todas las personas son titulares de los derechos fundamentales reconocidos en los Convenios Internacional y Declaraciones Universales de Derechos Humanos reconocidos por el Estado español. Al configurarse la asistencia sanitaria como un derecho subjetivo no cabe pues, separar el derecho reconocido *ex* artículo 41 CE —derecho a la Seguridad Social— del reconocido *ex* artículo 43 CE —derecho a la protección de la salud. Distinto de lo anterior será que el derecho a la asistencia sanitaria se preste a través del Sistema Nacional de Salud³⁷⁸.

Justamente, en este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 2019 (núm. 364/2019) se centra de una manera completamente ilógica. Y es que, a pesar de las innumerables sentencias favorables en donde se reconoce el acceso a la sanidad pública de los inmigrantes reagrupados, lo cierto es que con este pronunciamiento el Supremo da un giro de 180 grados que hace tambalear peligrosamente las bases mismas del sistema de Seguridad Social español. En efecto, el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictaminado que los padres y madres de ciudadanos españoles deben contar con prestación sanitaria por vía de seguro privado.

La razón que justifica esta decisión del Tribunal Supremo se centra en factores meramente económicos. Así es, se dice en esta sentencia que todo ciudadano reagrupado y sin empleo debe acreditar, para poder residir como tal, la tenencia de unos medios económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria mediante un seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país. De modo que la familia del ciudadano que solicita la reagrupación no se convierte en una carga para la asistencia social en España durante su residencia».

Al término, con esta sentencia se ha dado preferencia a los intereses económicos antes que a las necesidades sociales de ciudadanos que cumplen con los requisitos legales para poder residir en España. Por ello entiendo que ni el legislador, ni tampoco la doctrina judicial pueden apoyar su razonamiento en un argumento meramente económico para así limitar rigurosamente un derecho

377. MONEREO PÉREZ, J.L.: «La salud como derecho humano fundamental», *Relaciones Laborales*, n.º 9, 2014, pp. 1-15 en su versión digital. Del mismo autor, «La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, N.º 5-6, 2010, pp. 69-94, y 59-86, respectivamente. En esta misma línea, TORTUERO PLAZA, J.L.: «El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios»... *op. cit.* Más recientemente, MONEREO PÉREZ, J.L.: «La garantía jurídica del derecho social fundamental a la salud y la asistencia sanitaria», en VV.AA: *La Protección Social de la Salud en el marco del Estado del Bienestar. Una visión nacional y europea*, Moreno Vida, M.N., Díaz Aznarte, M.T. (Dir.), Gijón Sánchez, M. (Coord.), Granada, Comares, 2019, pp. 3-68.

378. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C, QUESADA SEGURA, R Y MALDONADO MOLINA, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2019.

cuasi-fundamental, que conecta de manera inescindible con los derechos fundamentales a la vida e integridad física (artículo 15 de la CE) y la dignidad humana (artículo 10 de la CE).

Tal y como ya se ha afirmado, la salud, en su configuración jurídica compleja e integrada con otros derechos fundamentales, aparece referido a nivel internacional como un derecho humano universal, toda vez que se atribuye a toda persona, con independencia de su situación legal o ilegal, lo cual resulta coherente en su dimensión subjetiva con la elevación del reconocimiento de la «persona» en los textos de rango fundamental. No obstante a lo anterior, se prevé ahora que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, sin embargo ¿qué ocurre cuando el extranjero sí reúne los requisitos legales para residir en España? Para el Supremo, tras esta sentencia de 13 de Mayo de 2019, la respuesta será de denegación de este derecho. Por lo que, al término está provocando una grave discriminación entre inmigrantes en razón de su condición administrativa y situación económica. Es decir, que mientras que un inmigrante irregular tendrá acceso a la protección de la salud, aun cuando no disponga o se le haya denegado un seguro privado, por contra aquellos extranjeros que cumplan con todos los requisitos legales serán excluidos. En este sentido, no se entiende (como bien indica el voto particular formulado por el Magistrado Don Fernando Salinas Molina y al que la Magistrada Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga) como al tratarse de un inmigrante con residencia legal se entra ahora a valorar la condición de asegurado. Argumentan sendos magistrados lo siguiente: «... la Seguridad Social no debe entrar a valorar si una persona tiene derecho o no a la asistencia, al igual que a los beneficiarios de una prestación de incapacidad permanente absoluta un determinado beneficio no sería lógico que la autoridad que lo concede pudiera cuestionar si tiene o no derecho a la referida prestación de incapacidad».

4. PROPUESTAS DE MEJORA Y CONCLUSIONES JURÍDICO-CRÍTICAS

Los incesantes movimientos migratorios de personas en búsqueda de nuevas oportunidades de vida, trabajo o incluso refugio y asilo político, vienen ocupando desde antiguo un lugar primordial entre las cuestiones que más preocupan a la sociedad española, justo a continuación del paro y del terrorismo. Sin ir más lejos, esta materia figura como elemento clave y fundamental en la agenda de la Unión Europea para alcanzar el grado óptimo de desarrollo económico y de cohesión social que tanto necesita el conjunto de estados que lo integran. Por consiguiente y dado el elevado interés que suscita, es de ley convenir que los Estados miembros deben aplicarse trabajando intensamente en este asunto.

La migración es un fenómeno social total y por tanto es de gran complejidad que abarca facetas y actividades muy variadas que implican más destacadamen-

te a: las propias personas migrantes y a sus condiciones administrativas, laborales, culturales y sociales, a la población de acogida, al conjunto de la sociedad, a sus valores, actitudes y comportamientos como ciudadanos de una sociedad democrática... etcétera.

Sin lugar a dudas, las personas migrantes constituyen un sector débil y vulnerable de la población que encuentra especiales dificultades para el ejercicio efectivo de muchos derechos que, según el caso, pueden o no tener reconocidos en base a su situación legal. De ahí que se no sea extraño verlos abocados con cierta frecuencia a posiciones de evidente precariedad y exclusión social. Por esta razón, el fenómeno de las migraciones precisa urgentemente de una respuesta sistemática, estructurada y organizada a medio plazo, que le permita a la sociedad contemporánea afrontar el presente y prever el futuro, pero que además le proporcione un marco global de referencia (tanto a nivel europeo, como internacional general) para una cabal comprensión de la misma. Así pues, se trata de una temática que por afectar a la propia estructura social, a los hábitos de vida, a la expresión cultural y a la convivencia, necesita ser asumido por el conjunto de la población y no sólo por sus Instituciones sociales. En efecto, las migraciones presentan todavía aspectos problemáticos muy heterogéneos en los que a la responsabilidad pública le corresponde tomar parte e implicarse más cercanamente.

Una de los obstáculos más graves que se produce a nivel europeo consiste en la falta de respeto debido hacia los Derechos humanos y libertades fundamentales, pues a pesar de los múltiples instrumentos normativos existentes, lo cierto, es que los principios de libertad de circulación, no discriminación e igualdad no se están respetando. Lo cual determina el surgimiento de una Europa a distintos niveles que se traduce en la atribución de un conjunto de derechos limitados para el acceso de las personas migrantes a las prestaciones sociales y asistenciales básicas. Son así los extranjeros extracomunitarios tratados a menudo como ciudadanos de segunda clase o subalterna, lo que determina una jerarquización de los derechos de las personas dentro de una misma nación.

Sorprende a nivel europeo la situación de incertidumbre que se ha creado a raíz de la meta política llamada «Brexit» respecto de los trabajadores migrantes comunitarios. Desgraciadamente, el fenómeno del Brexit ya está afectando al país que más directamente venía ofreciendo mano de obra en toda la Unión, esto es, España. Y es que, para muchos españoles (aunque también nacionales de otros Estados europeos), Inglaterra ha sido vista como la «tierra prometida» para escapar de la situación de crisis económica, buscar empleo o estudiar inglés. Se plantean ahora muchos sujetos comunitarios el interrogante relativo a qué pasará con las cotizaciones sociales efectuadas en el Reino Unido. La respuesta a esta pregunta se encuentra todavía en el aire, pues todo dependerá de los acuerdos o convenios que en materia de Seguridad Social suscriban los distintos gobiernos con el Reino Unido o, al menos, la UE con el país británico. Sin embargo, una de las cuestiones que más dudas y controversias ha planteado es la relativa a la asistencia sanitaria. En efecto, el que se dificulte el acceso a la atención sanitaria o se acorte sólo a situaciones de urgencia, atenta gravemente

contra un derecho fundamental social de carácter primario que se eleva ya a nivel universal (y el cual queda vinculado al derecho a la vida y a la dignidad)³⁷⁹. Por lo tanto, ¿dónde queda el sistema de protección de todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad?

En principio, de acuerdo con la «Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido» (2020/C 34/1) se indica que, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales de todas las personas y a la autonomía de las partes, se acordarán los principios y reglas a seguir para no vulnerar el derecho a la salud pública (punto 18 de la Parte II de la Declaración política 2020/C 34/1). Por lo tanto, se trata de una cuestión que queda en principio emplazada a los futuros acuerdos (Parte II, punto 75 del acuerdo de retirada de 31 de enero de 2020) que se pacten. No obstante, el Reino Unido no se opone a cooperar «... en cuestiones de seguridad sanitaria de conformidad con los actuales acuerdos de la Unión con terceros países. En los foros internacionales, las Partes procurarán cooperar de forma coherente en las cuestiones relativas a la prevención, la detección, la preparación y la respuesta ante amenazas establecidas y emergentes contra la seguridad sanitaria»³⁸⁰.

Recuérdese que en torno al tema de la asistencia sanitaria transfronteriza ya se habían planteado ciertas dudas de legitimidad, pues de conformidad con lo que establece la Directiva Comunitaria (sobre Asistencia Sanitaria Transfronteriza en la Unión Europea) resulta alarmante —entre otras cuestiones— que únicamente puedan acceder a esta posibilidad prestacional aquellos pacientes con recursos económicos suficientes como para adelantar los costes del tratamiento bajo unas determinadas condiciones³⁸¹ y, en el caso de algunos tratamientos, bajo un requisito de autorización previa. Ciertamente, como ya venía indi-

379. MONEREO PÉREZ, J.L.: «La salud como derecho humano fundamental»... *op. cit.*, pp. 1-15 en su versión digital. Del mismo autor, «La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)»... *op. cit.*, pp. 69-94, y 59-86, respectivamente. LÓPEZ INSUA, B.M.: «Asistencia sanitaria transfronteriza: puntos críticos», VV.AA., *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016, pp. 820-824.

380. Punto 113 de la «Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido» (2020/C 34/1).

381. Cuando el reembolso de gastos sea debido a una urgencia, los tribunales españoles ya han declarado que: «... se podría autorizar a un ciudadano español para obtener el tratamiento deseado en otro Estado miembro de la UE a cargo del servicio público español —reembolso— siempre que estuviese incluido dentro de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud y no fuese posible obtener un grado de eficacia idónea que permita al paciente recuperar su salud en tiempo útil, mientras que esa misma situación no encontraría amparo dentro del territorio nacional» (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 4 de noviembre de 2009).

Ahora bien, si la urgencia es derivada de una situación vital el art. 26 del Reglamento 987/2009 precisa que «en caso de que una persona asegurada que no reside en el Estado miembro competente necesite una asistencia urgente y de carácter vital, no podrá denegarse la autorización». De este modo, el Estado al que el interesado acuda deberá proporcionarle la adecuada atención sanitaria conforme a sus propias normas, garantizando en todo caso el principio de igualdad (Ver Sentencia *Keller* de 12 de abril de 2005 -Asunto C-145/03-).

cando la doctrina científica, así como la Comisión Europea (informe emitido a fecha de 2 de abril de 2018)³⁸², ello está generando un efecto disuasivo respecto de aquellos ciudadanos con menos recursos económicos, lo cual atenta gravemente contra el derecho a la libre circulación de personas en la UE y, por ende, el concepto de ciudadanía comunitaria e igualdad de trato entre trabajadores y ciudadanos comunitarios³⁸³.

Ahora bien, respecto de las personas inmigrantes en situación irregular la cuestión de la asistencia sanitaria se vuelve aún más conflictiva, pues en la legislación de algunos Estados Miembros se han impuesto ya algunas limitaciones que atentan peligrosamente contra los Derechos Humanos y Fundamentales de toda persona. Sin ir más lejos, en Italia se mantiene desde el año 2009 un conjunto de medidas dirigidas a controlar los flujos migratorios y endurecer las condiciones de los inmigrantes clandestinos, al establecerse que: «... el acceso a las estructuras sanitarias por parte del clandestino no puede generar denuncia alguna a la autoridad, salvo en los casos en que fuera obligatorio el parte médico en las mismas condiciones que un italiano». En otras palabras, se pretende otorgar al médico la facultad de denunciar al extranjero irregular que va a ser atendido, lo que significa que el médico se convierte ahora en un delator. Ello ha generado fuertes críticas por parte sobre todo de las asociaciones profesionales de la medicina e incluso de otros sectores, ya que se pone en riesgo la sanidad pública italiana, puesto que el inmigrante irregular dejará de acudir a los hospitales por miedo a ser denunciado, favoreciendo así la medicina paralela y existiendo el riesgo de que alguno de ellos, teniendo una enfermedad contraída en su país de origen, no solicite asistencia sanitaria con el posible riesgos para la salud pública³⁸⁴.

Por supuesto debemos tener en cuenta factores tales como el estado de crisis económica mundial que afecta de manera relevante a la nación italiana, dado que este país lleva ya años sumergido en una crisis propia, lo que agudiza aún más, si cabe, la inestabilidad económica del Estado transalpino. A eso debemos sumarle la alta tasa demográfica de Italia, que es significativamente superior a la de otros países miembros cuya área territorial es ya de por sí mucho mayor.

382. http://www.medicosypacientes.com/sites/default/files/2018_crossbordercooperation_exe_en.pdf

383. El concepto de ciudadanía de la Unión, introducido por el Tratado de Maastricht, añadió una nueva dimensión política a la naturaleza de la integración europea, que hasta entonces había sido fundamentalmente económica. El gran entusiasmo inicial del TJUE en determinar la ciudadanía de la Unión como el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros queda supeditado a las posibles consecuencias de la combinación de los artículos 18, 20 y 21 del TFUE. La ciudadanía de la Unión se ha construido sobre los cimientos ya establecidos por la jurisprudencia del TJUE en materia de la libre circulación de personas. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras»... *op. cit.* MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados», *op. cit.*

384. LÓPEZ INSUA, B.M.: «El modelo de regulación de la inmigración en Italia en el contexto de la Unión Europea», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol.3, N.º 22 de 2011.

Ello puede constituir una razón de peso para que se pretenda minimizar el número de inmigrantes y es que un flujo masivo poblacional entrante podría desequilibrar el frágil sistema económico que sustenta al país, lo que conllevaría un empobrecimiento de las prestaciones sociales y asistenciales para los propios ciudadanos nacionales. Sin embargo, el camino emprendido a nivel estatal en esta materia marcha a niveles agigantados hacia políticas más restrictivas en la aceptación de inmigrantes, infringiendo de manera flagrante algunos derechos y libertades fundamentales de los mismos establecidos por el colectivo europeo. Algo esencialmente inadmisibles a pesar de los argumentos arriba comentados³⁸⁵.

Por su parte, a nivel español se están dando importantes pasos para avanzar hacia la universalidad del derecho a asistencia sanitaria. No obstante todavía queda camino por recorrer pues son todavía muchos los problemas que giran en torno a esta materia. La reforma que ha operado a través del Real Decreto 7/2018 ha supuesto un antes y un después en materia de inmigración, ya que cubre un vacío legal importante que anteriormente había quedado desprovisto de protección. Sin embargo, cabe criticar el panorama algo confuso que ha propiciado respecto de los ciudadanos comunitarios y otros colectivos en situación de especial vulnerabilidad. Incluso, para los mismos inmigrantes irregulares se imponen algunos trámites que dificultan seriamente el acceso a las prestaciones sanitarias en igualdad que los nacionales. Se precisa en esta materia de una normativa más incisiva, valiente, respetuosa y coherente con las distintas situaciones de necesidad, que no pierda el rumbo y proteja a todos los ciudadanos. Siendo la salud un tema nuclear no se comprende como en las distintas naciones europeas y, por ende, en España se permite esa diferenciación y estratificación poblacional en función de los requisitos de nacionalidad, legalidad y/o económicos del sujeto solicitante de cobertura sanitaria (a buen ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019). En todo momento la norma ha de garantizar el principio de seguridad jurídica y transparencia, a fin de que se eviten situaciones irreversibles y de salud pública (como, a buen ejemplo, son las que protagoniza el caso italiano). A este respecto, la doctrina científica ya ha arrojado sus opiniones críticas en lo que concierne al tema de la tarjeta sanitaria europea. En este sentido, se considera que al ser la salud un riesgo cubierto por los Reglamentos de coordinación comunitaria, en concreto, el Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social, se entiende que sus titulares podrán disfrutar del derecho a la asistencia sanitaria en cualquier Estado de la UE³⁸⁶, pero con las limitaciones que impone las distintas carteras de servicios del país receptor y los restantes problemas habidos y por haber en el mismo (a saber: largas listas de espera, tratamientos médicos disponibles, limitaciones legales... etcétera). Esta previsión, lógicamente y siempre que se les

385. Para un estudio más exhaustivo ver LÓPEZ INSUA, B.M.: «El modelo de regulación de la inmigración en Italia en el contexto de la Unión Europea», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol.3, N.º 22 de 2011.

386. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España»... *op. cit.*, p.2.

conceda la tarjeta sanitaria europea, se hace igualmente extensible a los inmigrantes en situación irregular por aplicación del mismo principio de igualdad de trato³⁸⁷.

El riesgo para la democracia social es la fuerte tendencia hacia la consagración de un Estado de seguridad, de control social permanente y selectivo con una multiplicidad de expresiones, a saber: la atribución selectiva de derechos a las personas, imposición del principio de tolerancia cero, invasión de las comunicaciones, encarcelamiento de migrantes sospechosos de terrorismo o inmigrantes ilegales... etcétera. En este sentido, impera todavía una racionalidad mercantilista y economicista del mercado de trabajo que resulta contraria al pleno respeto de los derechos de Seguridad Social y de protección social de migrantes. Lo que al final conduce a un endurecimiento de las políticas migratorias —en general— que son de aplicación en el ámbito de la UE y en el ordenamiento de cada uno de los Estados que conforman el colectivo comunitario, pues la idea simplista de que la razón base del problema de los refugiados se encuentra en el país de origen (y, por consiguiente, en la falta de desarrollo de la misma o en la alteración del orden social como consecuencia de la guerra o actos de terrorismo) no hace más que rondar, incansable, por la cabeza del legislador comunitario. Sin embargo, en algunos Estados Miembro como Alemania, se ha optado por promover, para este problema en concreto, una política de puertas abiertas (sometida a ciertos umbrales) a los asilados de Siria, tratando de imponer su particular visión del problema al resto de la Unión Europea. Si bien la corriente general de la UE se ha adherido a las pretensiones germanas, algunos países como Hungría se han opuesto taxativamente a permitir una entrada generalizada de estos migrantes forzados, aduciendo pretendidas lagunas de seguridad jurídica en la propuesta y escudándose en su soberanía y en el derecho legítimo a proteger su propia identidad nacional. De ahí que algunas propuestas comunitarias caminen en la senda de subvencionar el retorno voluntario y de expulsión de estas personas. Igualmente, países que han cambiado recientemente de gobierno, como Italia y en menor medida España, han manifestado un claro cambio en su orientación política respecto a este mismo problema. No es nada nuevo la enorme problemática que representan las mafias del norte de África, que sin escrúpulos, convencen y «facilitan» una vía de entrada al sur de Europa a numerosos individuos deseosos de mejorar sus condiciones de vida. Así pues, Grecia o Italia han sido hasta hace poco, y en cierta medida siguen siendo, objetivos prioritarios de llegada de inmigrantes ilegales a través del Mediterráneo. Italia es el ejemplo más significativo de este cambio de rumbo, pues el actual

387. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España»... *op. cit.*, p.2. Afirma esta autora: «De hecho, entre los motivos que se alegan en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 16/2012 para restringir los derechos sanitarios de los extranjeros en situación irregular se cita expresamente el Dictamen motivado 2009/2341, de la Comisión Europea contra España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas Comunidades Autónomas».

gobierno transalpino, de corte más conservador que su predecesor, ha puesto en marcha una política de no acogida de más inmigrantes de este tipo, puesto que aseveran sus mandatarios que el país está desbordado y que el resto de la Unión Europea ha hecho oídos sordos a su demanda de reparto igualitario de migrantes. Algo que ha sucedido incluso con el progresista y radical gobierno heleno de Síryza. La postura contraria, aunque sea sólo parcialmente, la ha seguido España a raíz de la moción de censura que sufrió Mariano Rajoy hace unos meses. No obstante, la adopción de estas medidas de acogida de asilados y refugiados por parte del nuevo ejecutivo español ha sido tildada de oportunista e improvisada por parte de la oposición y de aquellos Estados Miembro que, como Hungría e Italia, rechazan las pretensiones teutonas y las directrices de Bruselas.

En definitiva, para alcanzar una plena igualdad y reconocimiento efectivo del derecho a la salud entiendo que debería relacionarse el concepto de migración con el de ciudadanía inclusiva a fin de desvincular la condición de «nacionalidad» del requisito excluyente de la titularidad de los derechos fundamentales. Para ello sería necesario mejorar ordenamiento jurídico comunitario en el sentido de garantizar la plena *efectiva* de este derecho social fundamental a través de normas básicas sustantivas y de políticas socialmente coherentes de tratamiento multidimensional de la inmigración (que van desde la tutela directa de los derechos de las personas migrantes a la resuelta plasmación de una política europea de fomento del desarrollo económico en los países de origen, que permita que las personas tengan la posibilidad de tener una vida digna). El fenómeno de las migraciones, y más concretamente de la inmigración irregular, precisa urgentemente de una respuesta sistemática, estructurada y organizada a medio plazo, que le permita a la sociedad afrontar el presente y prever el futuro, pero que además le proporcione un marco global de referencia para una cabal comprensión de la misma. Se trata ésta de una temática que por afectar a la propia estructura social, a los hábitos de vida, a la expresión cultural y a la convivencia, necesita ser asumido por el conjunto de la población y no sólo por sus instituciones sociales. En efecto, los derechos a la salud y asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares presentan aspectos problemáticos y muy heterogéneos en los que a la responsabilidad pública le corresponde tomar parte e implicarse más cercanamente para así completar las lagunas existentes y fomentar la protección de los Derechos de Seguridad Social de todas estas personas en situación de necesidad.



PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y MOVIENTOS MIGRATORIOS: EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE INMIGRANTES

1. LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA: PANORÁMICA GENERAL DE UNA TEMÁTICA EN ETERNO CONFLICTO

Los constantes movimientos de personas migrantes conforman el día a día de una realidad cada vez más compleja. Ya sea por razones de inserción laboral, guerras, persecución/violencia, políticas o, simplemente, de mejora de las condiciones de vida³⁸⁸, lo cierto es que actualmente son muchas las familias que se separan a lo largo y ancho de nuestro globo. La mayoría de esos flujos migratorios se producen en países subdesarrollados en donde las condiciones de pobreza, carencias sanitarias y alimenticias o, incluso, de seguridad ciudadana hacen su presencia diaria, llegando así a esquilmar los recursos naturales de estos territorios. A muchos de estas naciones se unen otros factores como: la grandes desigualdades sociales, la falta de trabajo y el despilfarro público o —cuando

388. Los patrones de migración atienden a variables históricas, geográficas, políticas y económicas, de acuerdo a la explicación de los analistas del Instituto de Políticas de Migración (MPI, por sus siglas en inglés). <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39059460>

no— también de violaciones de Derechos Humanos, lo que en su conjunto crea un profundo resentimiento en la población que normalmente desemboca en un tremenda e imparable inestabilidad política y social. De ahí que las familias busquen emigrar masivamente hacia otros Estados, con la única intención de mejorar sus condiciones de vida, trabajo, salud y educación. Desgraciadamente algunas de ellas no logran alcanzar sus sueños y perecen finalmente en su intento de huida debido al uso abusivo que las mafias y grupos organizados de trata de seres humanos hacen de los diversos estados de necesidad y, por lo tanto, de una realidad cada vez más necesitada de una respuesta urgente.

La migración familiar se ha convertido en el principal cauce de asentamiento de personas migrantes, tanto a nivel mundial como en la mayor parte de países integrantes de la Unión Europea. Actualmente este derecho fundamental aparece recogido en diversos textos a nivel internacional y comunitario. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, la reagrupación familiar genera fuertes tensiones con los derechos a la libre circulación de trabajadores, la conciliación de la vida laboral y familiar, así como el derecho a la intimidad y a la vida. Y ello es porque la normativa reguladora de este fenómeno aparece descrita de una manera somera, suave y genérica, lo que determina numerosas dudas en cuanto su aplicación efectiva, obligatoriedad y fuerza en el plano práctico de la misma. A este respecto, cabe diferenciar entre el *status jurídico* protector previsto para los sujetos protegidos por el derecho comunitario y los nacionales de terceros países, refugiados, asilados, apátridas... etcétera. Ello se traduce en la fijación de distintas escalas de ciudadanía y, por ende, de disfrute de los derechos de protección social³⁸⁹.

Resulta llamativa, en esta materia, la intervención de los distintos Tribunales para garantizar la protección de los derechos de los extranjeros (Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Y es que, a pesar de los múltiples pronunciamientos, lo cierto es que este derecho de reagrupación familiar se aleja de la consideración del mismo como un derecho fundamental en España, lo cual resulta contrario a la tendencia que, ya de por sí, sigue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 8 del CEDH y el elemento de la «nacionalidad». Precisamente, a través de las competencias en materia de inmigración de las que gozan los Estados Miembros del Consejo, España sigue considerando el derecho de reagrupación familiar como un derecho de configuración legal que conecta con al principio rector que enuncia el artículo 39 Constitución Española para la protección de la familia³⁹⁰. De ahí que, carezca éste de la protección reforzada de la que gozan ya los derechos fundamentales.

389. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Pilar Europeo de derechos sociales y sistemas de Seguridad Social», *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, Vol. 8. Núm.2 de 2018.

390. GARCÍA LÓPEZ, M^ªE.: *El Derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros países*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2012.

2. MARCO NORMATIVO REGULADOR Y VAIVENES EN LA DOCTRINA JUDICIAL DE LOS ALTOS TRIBUNALES EUROPEOS

El reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar como derecho fundamental³⁹¹ en la UE resulta esencial no sólo como pauta o guía del comportamiento que deben seguir los distintos Estados miembro³⁹², sino también como vía para el respecto a otros derechos conectados, a saber: la conciliación de la vida laboral-familiar y la integración social en el país de acogida³⁹³.

Algunos instrumentos internacionales reconocen la importancia de la familia, invitando así a los diferentes Estados a facilitar este derecho para asegurar efectivamente la consecución de la unidad familiar, el derecho a la vida y el respeto a la vida privada³⁹⁴. A este propósito, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en su artículo 16, párrafo 3 que «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado»³⁹⁵.

La familia, como elemento fundamental de la sociedad goza del derecho a la protección, no sólo de la sociedad en sí, sino también del Estado. Ahora bien, más allá de estas consideraciones genéricas, lo cierto es que en el ámbito internacional y comunitario se carecen de recursos normativos que reconozcan expresamente la reagrupación familiar como un derecho (y menos fundamental), es por ello que para la regulación de esta materia haya que acudir a lo dispues-

391. A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla ha reconocido, en su sentencia de 14 de febrero de 2018, que el derecho de los ciudadanos españoles a la reagrupación familiar de ciudadanos no comunitarios constituye un derecho fundamental. En efecto, considera este tribunal que el derecho a fundar una familia, el derecho a vivir en familia «es innegable» y «corresponde a todos los españoles que debe ser protegido por los poderes públicos, de modo que el establecimiento de requisitos para su ejercicio se debe realizar por una norma con rango de ley», un requisito que «no se cumple con la normativa española» que regula dicho derecho.

392. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: «El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros», *Revista Derecho y Conocimiento*, Vol. 1, 2002, pp. 375-395.

393. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral», *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 63, 2006, p. 297.

394. En esta línea, véase los artículos 12 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el artículo 12 del Convenio relativo al Estatuto Jurídico del trabajador inmigrante y el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. El derecho a la vida privada protege: «... el derecho a la identidad y al desarrollo personal y el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior». ADAM ROMERO, M.: «Capítulo V. El derecho a la familia y la inmigración irregular en España», VV.AA., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 105- 115.

395. Por su parte, el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que también contempla los derechos inderogables, así como el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, nada indican de los derechos salvo el de no ser privado arbitrariamente de la vida, el de no ser sometido a tratamientos crueles, inhumanos o degradantes o al derecho a un proceso justo e imparcial.

to por la legislación de los distintos Estados comunitarios (ámbito interno)³⁹⁶. Recuérdese, en este sentido, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos perdió ya su oportunidad de concretar más aquella previsión genérica de protección de la familia³⁹⁷, limitándose así a copiar descaradamente, en los artículos 17 y 23, lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por todo ello, en donde no se generan e imponen obligaciones, los Estados acaban disponiendo de un amplio margen de apreciación que pueden llevar incluso a la negación del derecho, lo cual resulta llamativo a estas alturas del siglo XXI.

En el entorno propio del Colectivo Comunitario se reconoce el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de los Estados miembro y sus familiares (ascendientes, descendientes y cónyuge del solicitante) en distintas disposiciones, pero eso sí en base al derecho a la libre circulación que reconocen los instrumentos comunitarios³⁹⁸. Por esta razón, lo más apropiado sería recurrir a cierta armonización legislativa respecto al reagrupamiento familiar de los extranjeros extracomunitarios, ya que para los nacionales rige la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar³⁹⁹. De este modo, en base al artículo 63.3 a) del Tratado de la Comunidad Europea, se reconoce por primera vez a nivel europeo el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países que residen en el territorio de los Estados miembros. Sin embargo, cabe precisar que la regulación de este derecho queda subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones previstas en el ordenamiento interno del Estado de que se trate.

Por todo ello, quedan fuera del ámbito de cobertura de la Directiva de 2003 los solicitantes de asilo, beneficiarios de protección temporal y subsidiaria, así como ciudadanos de la UE⁴⁰⁰. Para éstos la «Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para

396. RODRÍGUEZ BAUTISTA, D.: «Las directrices del Derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros en la Unión Europea», VV.AA., UGARTEMENDIA ECEIZABARRERA, J.I (Dir.), *La Tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Comunidad Autónoma de Euskadi, Instituto Vasco de Administración Pública, 2016, p. 403.

397. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: «El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros»... *op. cit.*, p. 376.

398. Reglamento (CEE) N.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, publicado en Diario Oficial de la UE L 257, de 19 de octubre de 1968, p. 2.

399. «... se está favoreciendo una mayor diversificación del sistema normativo europeo aumentándose el riesgo de una competencia basada en recortar los estándares sociales... » Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: «Pilar Europeo de derechos sociales y sistemas de Seguridad Social»... *op.cit.*, p. 10 en su versión digital.

400. SALES JARDÍ, M.: «La protección de la vida familiar de las personas desplazadas, de las demandantes de asilo, de los refugiados y de los apátridas en el derecho Europeo», UNED. *Revista de Derecho Político*, n.º 95, 2016, pp. 202-217.

acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida», establece la posibilidad de una reagrupación familiar respecta a las personas desplazadas a través de la concesión de permisos⁴⁰¹. Aparte habrá que tener en cuenta para este colectivo lo dispuesto por las leyes de extranjería y reglamentos de desarrollo de los Estados miembro⁴⁰².

A) El Derecho a la reagrupación familiar a través de la Directiva 2003/86/CE

El principal instrumento elaborado por el colectivo comunitario e interpretado por los Altos Tribunales europeos para garantizar el derecho a la unidad familiar es el Convenio Europeo de Derecho Humanos, el cual reconoce en su artículo 8 que: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

En efecto, el artículo 8 del CEDH reconoce el derecho a la vida privada y familiar, sin embargo al no elevarlo al carácter de fundamental permite que cualquier autoridad pública pueda restringir su ejercicio. La cambiante jurisprudencia

⁴⁰¹. Otras normas que se refieren a esta materia y que contiene el denominado «paquete de asilo» son: Reglamento 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n.º 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición) (DO n.º L 180, de 29-6-2013, pp. 1-30); Reglamento 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido) (DO n.º L 180, de 29-6-2013, pp. 31-59); Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) (DO n.º L 180, de 29-6-2013, pp. 60-95) y Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitante de protección internacional (texto refundido) (DO n.º L 180, de 29-06-2013, pp. 96-116).

⁴⁰². Ver la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso- Administrativo) de 6 de abril de 2017. Recurso número 1025/2016.

dencia del TJUE y del TEDH dan cuenta de la enorme casuística y desafortunada aleatoriedad existente. Y es que, la estrategia de estudiar caso por caso constituye una auténtica lotería por parte de las autoridades nacionales, aparte de una fuente embarazosa de problemas para los tribunales, quienes lamentablemente emplean cada vez más el sistema de comparaciones entre asuntos resueltos y aquellos pendientes de enjuiciamiento⁴⁰³.

Para el CEDH la reagrupación familiar ha de atender a lo dispuesto por una norma nacional o, lo que es lo mismo, al principio de legalidad. Por lo que, la injerencia nacional sólo será posible siempre que con ello se trate de asegurar: la defensa de la seguridad nacional y la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades para los demás. En este sentido, parece obvio que el Tribunal Europeo ejerza un control para asegurar la proporcionalidad de los actos de la autoridad pública, de modo que la medida restrictiva será conforme al CEDH si no excede de lo necesario, en una sociedad democrática, en la realización del objetivo perseguido⁴⁰⁴.

De acuerdo con esta idea, en ocasiones y ante determinadas circunstancias, queda condicionado el respeto efectivo del derecho a la vida privada y familiar por parte de las autoridades públicas no sólo al deber de abstenerse de restringir la libertad considerada, sino también una actitud intervencionista, como puede ser la expedición de un visado o la renovación de un permiso de residencia. Y ello es porque el artículo 8 del CEDH no impone una obligación general de autorizar la reagrupación. Así es, en virtud de las obligaciones positivas derivadas del artículo 8 del CEDH, los Altos Tribunales Europeos examinan la situación de las personas que solicitan el derecho al reagrupamiento familiar, a fin de determinar su entrada o no en el territorio de un Estado. Por lo que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 8 del CEDH, podrá este derecho verse alterado por la concurrencia de intereses personales, particulares y/o generales. Constituye esta la principal cuestión problemática, de ahí que se reclame una cierta armonización comunitaria y una limitación en la actuación de los Estados miembro.

Al hilo de esta idea, resultan destacadas cuatro importantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La primera es la sentencia de 21 de Diciembre de 2001, en el asunto *Sen c. Países Bajos*. Los demandantes denuncian aquí la violación del artículo 8.2 del CEDH ante la negativa a admitir la entrada y residencia de su hija menor de edad, residente en Turquía por parte de la legislación holandesa de extranjería. En concreto, los tribunales de los Países Bajos deniegan la solicitud de reunificación familiar en base a que la madre dejó en Turquía deliberadamente a su hija y no se puede demostrar que durante el

403. CEDH, sentencia de 24 abril de 2006, asunto Requête N.º 22070/93 (*Boughanemi Vs. France*), en particular el punto 4.

404. RODRÍGUEZ BAUTISTA, D.: «Las directrices del Derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros en la Unión Europea»... *op. cit.*, p. 406.

tiempo que la familia ha vivido separada los progenitores hayan contribuido económicamente a su educación y manutención. Resulta muy interesante en esta sentencia la ponderación que, entre el interés general del Estado y su capacidad de controlar y restringir la entrada de extranjeros en su territorio (interés general versus interés particular), hace el TEDH. A esta ponderación inicial se ha de sumar el derecho a la reagrupación familiar como desarrollo del derecho al respeto de la vida familiar. Debe siempre primar el interés familiar de los hijos ya integrados en los Países Bajos, de ahí que dada la corta edad de la menor —que se pretende reagrupar— lo ideal es integrarla en su nuevo ambiente familiar. Y es que darle a la elegir entre el estatus del Estado de acogida y el original puede llegar a ser irracional, en este caso. Por lo que ha de favorecerse el interés del menor.

Seguidamente aparece la sentencia del TEDH de 1 de diciembre de 2005, en el asunto *Tuquabo-Tekle c. Países Bajos*⁴⁰⁵. En este caso, la señora Tuquabo-Tekle contrae matrimonio en 1992 con el señor Tuquabo, quien es refugiado residente en Holanda. Cuando recibe el permiso de residencia en Holanda, se traslada a dicho territorio con su hijo mayor. De ese matrimonio nacen dos hijos que obtienen la nacionalidad holandesa. No obstante, la requirente, había dejado dos hijos menores al cuidado de su abuela materna y un tío en Eritrea, fruto de un matrimonio anterior. En 1997 el matrimonio Tuquabo iniciaría trámites para la obtención del visado por parte de una de las hijas de la señora Tuquabo, fruto de su anterior matrimonio. Sin embargo, las autoridades holandesas negaron sistemáticamente el visado entendiendo que esta hija que había crecido en Eritrea no guardaba ningún vínculo con la nueva familia que se había creado en Holanda, y que la señora Tuquabo-Tekle no había mantenido ningún vínculo con sus familiares residentes en Eritrea, habiendo cesado de forma definitiva su vida familiar con ellos. Para la solicitante resulta primordial el hecho de que la hija menor de edad, residente en Etiopía, iba a ser obligada a casarse y es precisamente por eso por lo que solicita la reagrupación no por la imposibilidad de que los familiares no pudieran atenderla debidamente. A pesar de este argumento los tribunales entendieron que la madre no había hecho los esfuerzos necesarios para reunirse con sus hijos y volvieron a denegarle el derecho de reunificación familiar.

En contra de lo que argumentaron los tribunales inferiores, el Alto Tribunal Europeo consideró que efectivamente, había existido una vulneración del artículo 8 del CEDH por parte de los Países Bajos al denegar la reagrupación de la menor con su madre puesto que ésta dejó a sus hijos en Etiopía mientras se asentaba en otro lugar.

En esta misma línea, finalmente, conviene hacer referencia a las Sentencias del TEDH 31 de enero de 2006, asunto *Rodriguez da Silva y Hoogkamer c. Paí-*

405. Para un conocimiento más exhaustivo véase GUTIÉRREZ NOGALES, S.D.: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar de los menores y el interés superior del menor», *ReDCE* núm. 26. Julio-Diciembre de 2016.

ses Bajos así, como la sentencia de 31 de julio de 2008, asunto *Darren Omoregie y otros c. Noruega*. En estas sentencias el TEDH confirmó la existencia de una violación del artículo 8 del CEDH, al no existir un justo equilibrio o proporcionalidad entre los diferentes intereses que estaban en juego: el mantenimiento de la vida familiar de una madre y su hija —independientemente de la situación administrativa en la que se encontrase la madre— y, por otro lado, la prosperidad económica del país. Tras el examinar el Convenio de Roma, el TEDH llega a esta conclusión a raíz de la denegación de las autoridades holandesas, de una solicitud de residencia postulada por una persona que se encontraba en situación de irregularidad administrativa durante todo el tiempo que residió en el estado contratante⁴⁰⁶. En efecto, afirma el TEDH que: «si la creación de la vida familiar se produjo en una época en la que las personas afectadas eran conscientes del carácter irregular de su status migratorio, en tales casos, es probable que sólo en las más excepcionales circunstancias el rechazo del familiar extranjero constituya una violación del artículo 8 (...), sin tener ningún derecho a esperar que les sea concedido un permiso de residencia».

A nivel de Derecho interno, las medidas relativas al reagrupamiento familiar no constituyen una prioridad para los Estados europeos. Sin embargo, es del establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia —previsto en el Tratado de Ámsterdam— del que se requiere el establecimiento de unas políticas armonizadoras en esta materia. Así lo declaraba, el Consejo Europeo —a finales del siglo pasado— al afirmar que: «la Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión» y, de igual modo, se «reconoce la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países» y se reafirma la necesidad de «tener en cuenta no sólo la capacidad de acogida de cada Estado miembro, sino también sus vínculos históricos y culturales con los países de origen»⁴⁰⁷.

En otras palabras, el derecho a la reagrupación familiar constituye una prioridad para la UE, pero la misma es consciente de las dificultades de aplicación efectiva de este derecho por los Estados miembros⁴⁰⁸. Lo que en sí pone entre

406. Posteriormente, esta línea jurisprudencial sería matizada con medidas antifraude con el firme propósito de evitar instaurar un precedente que generara un alcance extensivo del respeto a la vida familiar a situaciones concretas que parten de la irregularidad y que van en contra de las políticas migratorias. Ver GUTIÉRREZ NOGALES, S.D.: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar de los menores y el interés superior del menor»... *op. cit.*

407. Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere, 15-16 de octubre de 1999, SN 200/99.

408. La Directiva deja a los Estados miembros un margen de apreciación demasiado amplio, y en algunos Estados miembros los resultados incluso han rebajado las normas al aplicar disposiciones «opcionales» de la Directiva sobre ciertos requisitos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de una forma demasiado amplia o excesiva. A este respecto, deben mencionarse, en especial,

dicho la capacidad legislativa de los países receptores, las fronteras naturales del colectivo comunitario y el establecimiento de unas condiciones adecuadas⁴⁰⁹ para el reconocimiento de unos mínimos derechos humanos y fundamentales para las personas desplazadas.

En vista del intenso debate comunitario formulado y puesto de manifiesto por los delegados nacionales de los Estados miembro⁴¹⁰, la Comisión Europea acepta negociar sobre las condiciones de implementación, pero no sobre el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar. Esta posición es la que actualmente se mantiene y recoge por parte de la Directiva 2003/86/CE y ello a pesar de que en el Libro Verde de 2011 —sobre el derecho a la reagrupación familiar— se pretendía fijar normas más eficaces⁴¹¹.

En definitiva, la Directiva de 2003 reconoce el derecho a la reagrupación familiar y determina genéricamente las condiciones mínimas para su ejercicio. Idea ésta que confirma el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea al indicar, en primer lugar, que el artículo 4.1 de la Directiva «impone a los Estados miembros obligaciones positivas precisas, que corresponden a derechos subjetivos claramente definidos, puesto que, en los supuestos determinados por la Directiva, les obligan a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros

el posible período de espera, la edad mínima del reagrupante, el requisito relativo a los ingresos y las posibles medidas de integración. Véase el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, COM (2008) 610 final, de 8 de octubre de 2008.

409. SALES JARDÍ, M.: «La protección de la vida familiar de las personas desplazadas, de las demandantes de asilo, de los refugiados y de los apátridas en el derecho Europeo»... *op. cit.*, p. 203.

410. Las delegaciones nacionales estimaron que el reagrupamiento familiar debía ser considerado como un derecho, pero no como un derecho absoluto sin ninguna restricción. En este contexto la delegación austriaca proponía un alineamiento con el artículo 8 de la Convención Europea. Véanse los Resultados de los trabajos del Comité estratégico sobre inmigración, fronteras y asilo, Doc. 8336/00, de 19 de mayo de 2000. Ver RODRÍGUEZ BAUTISTA, D.: «Las directrices del Derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros en la Unión Europea»... *op. cit.*, pp. 406-408.

411. Se obtuvieron diversas contribuciones de mejora de parte de 24 Estados miembro. Véase *GREEN PAPER on the right to family reunification of third-country nationals living in the European Union (Directive 2003/86/EC)*, publicado en COM (2011) 735 final, 15 November 2011.

De igual modo, el Dictamen Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea (Directiva 2003/86/CE)». Resulta importante destacar que el Comité Económico y Social Europeo ha acogido favorablemente la iniciativa de la Comisión Europea de organizar una amplia consulta pública acerca de la Directiva sobre la reunificación familiar. A este respecto, el Comité Económico y Social Europeo «... observa con preocupación que en el actual contexto político, económico y social, los debates sobre asuntos relacionados con la inmigración son muy delicados. La crisis financiera y económica ha afectado a las relaciones de solidaridad entre los individuos y ha abierto el camino a la radicalización del discurso y de las actuaciones políticas. Hay que destacar que las perspectivas demográficas y económicas europeas hacen que sea necesaria una apertura hacia los ciudadanos de terceros países que desean vivir en la UE. La sociedad europea tiene que permanecer abierta aunque existan fluctuaciones en el mercado laboral. Aunque necesario, el debate sobre la reunificación familiar, en el marco de la política de inmigración, puede cuestionar las reglas y las prácticas existentes, muchas de las cuales constituyen pasos importantes para conseguir objetivos políticos».

de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional⁴¹². Y, en segundo lugar, habida cuenta de que la autorización de la reagrupación familiar es la regla general, las excepciones deben ser objeto de una interpretación restrictiva, por lo que el margen de apreciación que se reconoce a los Estados miembros no debe emplearse de una manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, a saber, fomentar la reagrupación familiar, ni su eficacia⁴¹³.

B) Avances y retrocesos en la doctrina del TJUE y del TEDH: condiciones para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar y beneficiarios

Lo que realmente caracteriza a la doctrina judicial del Tribunal de Justicia de la UE y el TEDH son los constantes tiras y afloja en el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar. Paulatinamente la doctrina ha ido cambiando en un sentido más proteccionista hasta el punto de entender que en determinadas circunstancias se producen, en efecto, auténticas violaciones del artículo 8 del CEDH.

A la hora de evaluar las distintas solicitudes de reagrupación familiar, el TJUE (principalmente) ha marcado una línea divisoria clara en donde distingue tres requisitos que son necesarios⁴¹⁴: 1) La duración de la residencia del solicitante como condicionante para el acceso al derecho a la reagrupación familiar, 2) la imposición de límites o el cumplimiento de requisitos por parte de los familiares del reagrupante para posibilitar la entrada en la UE y 3) el cumplimiento de tenencia de «recursos fijos y regulares suficientes» como condicionante para la integración familiar.

Respecto a la duración de la residencia requerida al trabajador migrante que solicita la reagrupación, el artículo 3 de la Directiva 2003/86/CE admite que ésta sea de aplicación «... cuando el reagrupante sea titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año, y tenga una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente, si los miembros de su familia son nacionales de terceros países, independientemente de su estatuto jurídico». Por lo que, establece limitaciones temporales para el acceso al derecho a la reagrupación. Sin embargo, por su parte, el artículo 19.6 de la Carta Social no impone tales restricciones,

412. Sentencia del TJUE, de 27 de junio de 2006, en el Asunto C-540/03 (Parlamento Europeo Vs. Consejo de la Unión Europea). De igual modo, la sentencia del TJUE de 4 de marzo de 2010, asunto C-578/08.

413. Sentencia del TJUE, de 4 de marzo de 2010, en el Asunto C-578/08 (*Rhimou Chakroun Vs. Minister van Buitenlandse Zaken*).

414. Para un estudio más exhaustivo véase FRATEA, C.: «La protección de los migrantes internacionales a la luz de los más recientes desarrollos de la Directiva sobre el Derecho a la reagrupación familiar», en VV.AA., ALCAIDE FERNÁNDEZ, J Y PETIT DE GABRIEL, E.W., *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 1153-1164.

sino que de manera general declara que los Estados firmantes habrán de comprometerse a «...facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio». A este respecto, el Comité Europeo de Derechos Sociales admite la existencia de roces entre ambas normativas, por lo que —teniendo en cuenta lo dispuesto por el Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador de 1977⁴¹⁵— entiende que resulta excesivo exigir un límite de residencia superior a un año para el disfrute del derecho a la reagrupación familiar. No obstante, la jurisprudencia comunitaria ya ha reconocido la superioridad del Convenio europeo de 1977 y de la Carta Social Europea, pues de acuerdo con la lectura del artículo 3 de la Directiva 2003 cabe llegar a esa conclusión⁴¹⁶.

Ejemplar, en este punto, resulta el asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido* que describe la sentencia del TEDH de 28 Mayo 1985. En los tres supuestos que conforman esta sentencia, las demandantes —residentes legales del Reino Unido— pretendían que se declarara contrarias al derecho al respeto de la vida en familia las normas de control de inmigración llevadas a cabo por el Reino Unido, que no permitían la entrada y residencia de sus parejas (ciudadanos de terceros países) para poder desarrollar una vida en familia con los otros miembros de la familia que eran residentes legales en territorio británico. El TEDH centra el estudio del asunto en si la denegación de la reagrupación familiar vulnera o no el derecho al respeto a la vida familiar del artículo 8 del CEDH.

Las autoridades británicas alegan que las demandantes conocían perfectamente, al tiempo de contraer matrimonio, las dificultades que existían para que sus maridos pudiesen obtener la residencia legal en Reino Unido, por lo que consideran que no ha habido violación del derecho que se recoge en el artículo 8 del CEDH. Opinión que no convence al TEDH, quien entiende que la celebración del matrimonio basta para entender que debe prestarse una efectiva protección a la vida familiar y a la reunificación de los cónyuges, ya que para que exista una unión matrimonial real los cónyuges deben convivir juntos. Si bien, de este modo, se evita la posibilidad de que el matrimonio se hubiese celebrado con la única finalidad de obtener el permiso de residencia. Por lo que, se vulnera en este caso el artículo 8 del CEDH en relación con el derecho a la no discriminación, en cuanto que el ordenamiento británico restringe la posibilidad del cónyuge no nacional de obtener un permiso de residencia.

Lejos de la doctrina asentada por el TEDH, de nuevo en 2014 acontece un nuevo supuesto de reagrupación familiar que relaciona el artículo 8 del CEDH con el derecho a la no discriminación. Se trata del asunto *Biao v. Denmark*, en la sentencia del TEDH de 25 de marzo de 2014. Ahora bien, a diferencia del anterior caso, aquí el cónyuge era nacional de Dinamarca y su esposa natural de

415. BOE núm. 145, de 18 de junio de 1983.

416. FRATEA, C.: «La protección de los migrantes internacionales a la luz de los más recientes desarrollos de la Directiva sobre el Derecho a la reagrupación familiar... *op. cit.*, p. 1155.

Ghana⁴¹⁷. Las autoridades danesas habían rechazado la solicitud de reunificación familiar del matrimonio dado que no cumplían con el requisito de que sus vínculos agregados con Dinamarca fueran más fuertes que sus vínculos agregados con cualquier otro Estado donde pudieran vivir juntos en este caso, Ghana (el llamado «requisito de arraigo»). Ellos afirmaban que la decisión violó sus derechos en virtud del artículo 8 del CEDH, ya que no perseguía un fin legítimo, al ser introducido para apuntar los ciudadanos daneses de origen étnico o nacional no danés. Alternativamente, si la denegación no se consideraba contraria al artículo 8, alegaron que era violatoria de la prohibición de no discriminación, conforme el Artículo 14 del CEDH, en conjunto con el artículo 8, ya que determinados grupos de ciudadanos daneses fueron tratados de manera diferente en relación con la reunificación familiar en Dinamarca⁴¹⁸.

Sorprendentemente, el TEDH no consideraba que existiera vulneración alguna del artículo 14 y 8 del CEDH, sin embargo sí considera que quizás pueda existir una discriminación sin justificación objetiva, aunque no hay datos suficientes. Posteriormente, a fecha de 24 de mayo de 2016, el mismo TEDH revoca la sentencia del caso *Biao c. Dinamarca*. En efecto, recalca ahora el Tribunal que, aunque los Estados miembros del Consejo de Europa tienen regímenes diferentes en relación con la reunificación familiar, lo cierto es que ninguno de los 29 Estados estudiados realizaba una distinción de sus nacionales a la hora de otorgar o no el derecho a la reunificación familiar. Por lo que, el Tribunal señala expresamente que la «regla de los 28 años» que actualmente estaba en vigor en Dinamarca supone una clara discriminación por etnicidad y nacionalidad.

Camina en esta misma senda la sentencia del TEDH recaída en el caso *Taddeucci y McCall c. Italia*, de 28 de julio de 2016. Este caso versa sobre la discriminación sufrida por una pareja homosexual formada por un ciudadano italiano y otro neozelandés. Los demandantes alegaron que se les había impedido vivir en Italia por motivos de orientación sexual, toda vez que el demandante de nacionalidad neozelandesa no pudo obtener un permiso de residencia «por razones familiares». Finalmente el permiso fue denegado porque solo se otorgaba a parejas casadas. Los demandantes alegaron que habían recibido un trato diferente en comparación con las parejas heterosexuales no casadas toda vez que estas podían acceder a dicho permiso una vez casados, mientras que ellos no⁴¹⁹.

Entiende el TEDH que ambos demandantes tienen derecho a la vida familiar amparada por el artículo 8 del CEDH, siendo el tema nuclear el análisis compa-

417. MARTÍN VILLEGAS, A.: «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar», *Revista Aequalitas*, n.º 38, 2016, pp. 22-23.

418. En circunstancias análogas, quienes nacieron ciudadanos daneses estaban exentos del requisito de arraigo bajo la denominada «regla de 28 años» que establece que el requisito de arraigo no se aplica a los casos en que la persona residente que solicita la reunificación familiar haya sido ciudadano danés por 28 años, conforme lo establece el artículo 9 de la Ley de Migraciones danesa.

419. CABRERA MARTÍN, M.: «Crónica jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mayo-agosto 2016», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 55, 2016, pp. 1156-1157.

rativo realizado entre las parejas heterosexuales no casadas y las homosexuales no casadas. El Tribunal determina que, efectivamente, los demandantes se encuentran en una situación desventajosa por el mero hecho de tener una relación homosexual, toda vez que para ellos era imposible acceder al matrimonio para posteriormente poder solicitar el permiso «por razones familiares». Por todo ello, el TEDH afirma que no había motivos razonables y objetivos para limitar la noción de «miembro de la familia» a los cónyuges heterosexuales. De este modo, concluye reconociendo que el Estado italiano ha violado gravemente el artículo 8 en conjunción con el artículo 14 del Convenio.

El segundo requisito con el que cuenta el TJUE se refiere a la imposición de requisitos para la entrada en la UE a los familiares del solicitante residente la Unión. Principalmente son los países comunitarios con gran afluencia de inmigración (a saber: Francia, Alemania o Países Bajos) los que más limitan este derecho a la reagrupación familiar, poniendo así en tela de juicio el concepto de ciudadanía europea y el respeto a los derechos humanos fundamentales.

La sentencia del TJUE de 10 de julio de 2014, Asunto C-138/13. *Naime Dogan y Bundesrepublik Deutschland (Dogan)* resulta muy significativa. En ella el Tribunal examina la compatibilidad con el derecho de la UE de un conocimiento básico o capacidad lingüística por parte del familiar reagrupante. Se trata, en concreto, de la imposición al cónyuge del solicitante de la reagrupación familiar del requisito, previo a la entrada en el país comunitario, de un conocimiento básico en el idioma del Estado miembro. El TJUE concluye que los Estados miembros no pueden exigir a través de una normativa interna —introducida después de la entrada en vigor de los Protocolos Anejos al Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la CEE y Turquía—, la aportación de una prueba conforme se tienen conocimientos lingüísticos para la expedición de un visado a los cónyuges de nacionales turcos residentes en el Estado miembro en el que desean entrar a efectos de reagrupación familiar. Para el Tribunal, resulta contraria al derecho de la UE la exigencia, por parte del país germano, de conocimientos elementales de alemán para la expedición de un visado a efectos de reagrupación de cónyuges de nacionales turcos que residan legalmente en su territorio.

Ciertamente, resulta alarmante la STJUE de 17 de julio de 2014, As. C-33/13, *Marjan Noorzia y Bundesministerin für Inneres*, la cual se asienta en la misma línea de la sentencia del TEDH de 2014, en el caso *Biao v. Denmark*. Y es que, en el asunto *Marjan*, el Tribunal afirma que el artículo 4.5 de la Directiva 2003/86/CE, debe interpretarse en el sentido de que dicha disposición no se opone a una normativa nacional que establece que los cónyuges y las parejas registradas ya deben haber cumplido la edad de 21 años en el momento de la presentación de la solicitud para poder ser considerados miembros de la familia con derecho a la reagrupación.

Con respecto al débil estatuto de refugiado, cabe mencionar la sentencia del TEDH de 19 de febrero de 1996, en el asunto *Gül c. Suiza*. Los hechos son los siguientes: «El señor Gül tiene nacionalidad turca y emigra a Suiza solicitando asilo político. En su país de origen deja a su mujer y a sus dos hijos. Él comienza a trabajar en Suiza y tras varios años enferma lo que le hace beneficiario de

una pensión de invalidez. Su mujer tras sufrir un accidente también viaja a Suiza para recibir el tratamiento adecuado puesto que en Turquía no puede hacerlo. Durante su estancia en Suiza tienen una tercera hija que es acogida en una casa ante la situación de sus progenitores. El asilo político se le deniega al señor Gül pero a cambio obtiene para él, su mujer y su hija una autorización de residencia por motivos humanitarios. Una vez regulada su situación decide solicitar la reagrupación familiar de los otros dos hijos que todavía residen en Turquía, ésta es denegada al considerar que los requisitos que se exigen para poder concederla no se cumplen. Además dicha reagrupación solo sería posible con respecto de uno de los hijos puesto que el otro ya era mayor de edad»⁴²⁰.

Reiterando doctrina anterior, el TEDH reconoce que si bien la familia se encuentra en una situación muy difícil desde el punto de vista humanitario, no existe injerencia ilegítima en la vida familiar al no haber obstáculos que impidan desarrollar la vida familiar en el país de origen. Se llega a dicha conclusión tras la aplicación «automata» del triple test convencional de control, al no considerarse suficientemente probado ni su condición de refugiado, ni la estrechez de los vínculos, ni tampoco la superación del test de obstáculos o *elsewhere* que impide la vida familiar en el país de origen. En definitiva, a juicio del tribunal de Estrasburgo tiene más importancia la intensidad de los vínculos con el lugar de origen, en concreto la nacionalidad y, menos la posible integración del extranjero reagrupante en el país de su residencia dada su precaria situación⁴²¹.

Finalmente, sobre este segundo requisito, cabe destacar la sentencia del TEDH de 28 de noviembre de 1996, en el asunto *Abmut contra Países Bajos*. Aquí el demandante, señor Salah Ahmut, es una persona nacional de Marruecos quien migró hacia los Países Bajos en 1986, dejando atrás a su esposa y cinco hijos. En 1990, obtuvo la nacionalidad holandesa, adicionalmente a su nacionalidad marroquí. El cuidado de sus hijos estuvo a cargo de su esposa en Marruecos y, luego de la muerte de ésta, por la abuela de los hijos. El señor Ahmut contrajo matrimonio con una mujer de nacionalidad holandesa, luego de haberse divorciado de su primera esposa; posteriormente, nuevamente se casó con una mujer marroquí que vivía en los Países Bajos. En mayo de 1990, el señor Ahmut matricula en un colegio de los Países Bajos a su hijo menor, para el cual solicita un permiso de residencia aprovechando que el mismo estaba de visita por el país europeo. La cuestión litigiosa se centra aquí en la doble nacionalidad holandesa-marroquí del señor Salah Ahmut y la protección del interés superior del menor. El Estado comunitario considera que para poder permitir la entrada de los menores en los Países Bajos han de valorarse elementos tales como: la edad, la lengua, el entorno en el que ha crecido, el grado de dependencia de los

420. Sobre toda esta problemática, véase ampliamente y con reflexión jurídico-crítica, VV.AA.: *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del derecho*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L. (Coord.), Granada, Comares, 2017, *passim*.

421. LA SPINA, E.: «Diferentes pautas interpretativas para la admisión de familiares extranjeros en la jurisdiccional regional europea», *Revista de Estudios Jurídicos* n.º 14/2014 (Segunda Época), p. 6.

progenitores...etcétera. No obstante pese a la particularidad del vínculo comunitario se mantiene fuerte la rigidez a favor del derecho absoluto de los Estados de controlar la entrada de los no nacionales en su territorio y la indiscutible no obligación general de admitir en su territorio a familiares de los inmigrantes según la situación de los interesados y del interés general⁴²². Siguiendo lo dispuesto por el artículo 8 del CEDH, no cabe deducir que para poder garantizar el derecho a la reagrupación familiar haya siempre que conceder el derecho de residencia a los inmigrantes⁴²³.

La situación administrativa del solicitante de la reagrupación familiar, ya generó cierta polémica en el asunto *Nuñez contra Noruega*, sentencia del TEDH de 28 de junio de 2011⁴²⁴. Valiéndose en la necesidad de dar prioridad al interés de reagrupación del menor y dejando de lado la problemática situación administrativa de la solicitante, el TEDH plantea una conclusión inesperada al entender que se está conculcando el artículo 8 del CEDH con la decisión de expulsión emitida y ratificada por las autoridades y tribunales noruegos. La Corte entiende

422. MARTÍN VILLEGAS, A.: «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar»... *op. cit.*, p. 25.

423. En el examen de los casos, el Tribunal estimó que: «El hecho de que los demandantes se encuentren viviendo por separado es producto de la decisión de Salah Ahmut de asentarse en los Países Bajos en lugar de permanecer en Marruecos. Además de haber obtenido la nacionalidad holandesa desde febrero de 1990, el señor Ahmut retuvo su nacionalidad marroquí original. Por su parte, Souffiane tiene únicamente la nacionalidad marroquí. Por ello, el señor Ahmut no está impedido de mantener el grado de vida familiar que él mismo ha elegido al trasladarse a vivir a los Países Bajos, ni tampoco enfrenta ningún obstáculo en retornar a Marruecos. Ciertamente, Salah Ahmut y Souffiane se han visitado mutuamente desde que el segundo de ellos regresó a su país.

424. La demandante de este asunto es una mujer de nacionalidad dominicana madre de dos hijas de siete y nueve años sobre la que versaba una orden de expulsión por parte de Noruega. Estas hijas nacieron y fueron criadas en el país noruego argumentando la demandante, Mirtha Ley de León Nuñez, que las infracciones por ella cometidas con respecto al derecho migratorio de Noruega de las que derivaba su orden de expulsión no debían ser suficientes como para separarla de sus dos hijas menores. La demandante había llegado al país escandinavo en el año 1996 siendo deportada dos meses después tras serle impuesta multa por un robo que cometió en una tienda. A su deportación le vino aparejada una prohibición de entrar en el país por período de dos años, si bien, haciendo caso omiso de tal prohibición, volvería a entrar cuatro meses después a Noruega con un pasaporte de identidad falsa. Obtendría su permiso de residencia tras casarse con un nacional noruego disfrutando de nuevos derechos fruto de su falsa identidad. Posteriormente se separaría de su marido y mantendría una nueva relación sentimental con el que sería el padre de sus dos hijas, de nacionalidad dominicana como ella. Un tiempo después rompe su relación sentimental con el padre de las niñas, quedándose ella con la custodia de ambas. Consecuencia de su identidad falsa, será detenida por la policía noruega, procediendo el Departamento de Inmigración a emitir una orden de expulsión de Noruega tras retirarle todos los permisos migratorios de los que disfrutaba. Tal orden de expulsión llevaba aparejada la sanción administrativa de tener prohibida la entrada en Noruega durante dos años. La demandante recurrió esta decisión hasta el Tribunal Supremo quien ratificaría la orden de expulsión. La custodia de las dos menores pasaría a su padre ante la probable expulsión de la madre y consecuente prohibición de entrada al territorio noruego por espacio de dos años. Véase el comentario que a esta sentencia realiza GUTIÉRREZ NOGALES, S.D.: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar de los menores y el interés superior del menor»... *op. cit.*

que son más sólidos los vínculos que mantiene la solicitante con su país de origen que los que le unen a Noruega, ya que su ingreso en el país europeo tuvo lugar a la edad de 31 años. Por otro lado, el TEDH valora de forma crítica la demora en la que incurren las autoridades noruegas desde que le revocan el permiso de trabajo y residencia hasta que emiten su orden de expulsión. Por todo ello, el máximo garante de los Derechos Humanos sostiene que tal lentitud de actuación difiere en gran medida del interés de eficiencia y control migratorio por el que se constituyen las medidas administrativas que conllevan la expulsión de un extranjero en situación irregular. De modo que, en lo referente al interés superior de las menores, se tiene en consideración que las dos hijas nacieron y fueron criadas por la solicitante de reagrupación, manteniendo que ésta es muy importante en la vida de sus hijas. Así pues, el mero hecho de tener que salir del país —prohibida además su entrada durante un período de dos años— supondría un menoscabo y un sufrimiento de gran consideración para las menores, aunque se atribuya su custodia y cuidados a su progenitor. Entiende pues la Corte que un plazo de dos años es demasiado para que las niñas estén alejadas de su madre, por lo que apoyándose en el artículo 3 de la Convención de los derechos del niño, considera que debe primar el interés superior de las menores. En efecto, constituye ésta una cuestión de enorme peso a la hora de tomar una decisión por parte de una autoridad pública.

En este mismo sentido, pero ampliando la cobertura de protección que concede el artículo 8 del CEDH y la Convención sobre los derechos del niño, en el asunto *Osman v. Dinamarca*⁴²⁵, el TEDH entiende que también deben ser objeto de protección máxima los hijos que fuesen mayores de edad. Así es, constituye esta la única forma para garantizar la sostenibilidad de la vida familiar de los denominados «adultos jóvenes» que no disfrutaban de un núcleo familiar propio.

Para el TEDH la denegación del permiso de residencia del joven reagrupante afecta a su vida privada y, especialmente, a su vida familiar. Debe por ello aplicarse los parámetros de control del artículo 8.2, lo cual justifica que los lazos

425. Sentencia del TEDH de 14 de junio de 2011. Los hechos que se relatan en la presente sentencia se centran en la denegación por parte del gobierno de Dinamarca de una rehabilitación de permiso de residencia de una ciudadana somalí, a la que le había caducado al ausentarse del país de acogida por tiempo superior a un año. La demandante en cuestión había pasado la mayor parte de su infancia en Dinamarca, cursando la totalidad de sus estudios en el país danés con un perfecto conocimiento del idioma del país de acogida. A la edad de 15 años por decisión de sus padres, viajó a Kenia para cuidar a su abuela, que se encontraba en un campo de refugiados en dicho país. Debe resaltarse que tal viaje fue realizado en contra de su voluntad, únicamente por decisión unilateral de sus progenitores. Con 17 años de edad solicitaría a Dinamarca el restablecimiento de su permiso de residencia con el objetivo de volver a reunirse con su familia, ya que su anterior permiso de residencia había expirado tras pasar más de un año fuera del territorio danés. Es importante señalar que en el momento en que realizó esa petición, la normativa migratoria danesa había cambiado sustancialmente por lo que para exigir solicitudes de reagrupación familiar de hijos menores, estos debían ser menores de 15 años, circunstancia que no concurría en la demandante. Puesto que la edad que tenía la demandante en el momento de su solicitud es el punto clave por el que le fue denegada la misma, el TEDH argumentaría que, en el momento de solicitar reunirse con su familia, aún era menor, si bien alcanzó la mayoría de edad en el momento de que las autoridades danesas le denegaron de forma definitiva tal solicitud.

familiares adquiridos en Dinamarca son notablemente más sólidos que los que podrían mantener la demandante en Kenia. Por todo ello, el TEDH concluye que existe una violación del artículo 8 del CEDH al no tenerse en cuenta de forma suficientemente garantista los intereses de la ciudadana somalí⁴²⁶.

El tercer y último requisito que fija el TJUE es el concerniente a la existencia de «recursos fijos y regulares suficientes», de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7, apartado 1 de la Directiva de 2003 sobre reagrupación familiar: «Al presentarse la solicitud de reagrupación familiar, el Estado miembro de que se trate podrá requerir al solicitante que aporte la prueba de que el reagrupante dispone de: a) una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate...», así como la documentación que acredite que cuenta con los medios económicos suficientes para atender a las necesidades familiares, incluyendo la asistencia sanitaria en caso de no estar cubierta por la Seguridad Social⁴²⁷. Se trata éste de un requisito que ya ha sido analizado en la sentencia del TJUE de 21 de abril de 2016, en el asunto C-558/14, *Mimoun Khachab contra Subdelegación del Gobierno en Álava*. En ella los jueces han aclarado que el requisito de los «recursos fijos y regulares suficientes» no puede ser interpretado restrictivamente⁴²⁸, para lo cual resultará aconsejable seguir los directrices sobre la aplicación de la Directiva para la evaluación de la estabilidad y regularidad de los recursos. En este sentido, habrá de tenerse en cuenta los salarios mínimos nacionales, debiendo realizarse un pronóstico que indique, con un grado razonable de probabilidad, la disponibilidad de estos recursos en un futuro previsible⁴²⁹. Por lo que respecta a la naturaleza de dichos ingresos podrán éstos provenir de un puesto de trabajo, actividad autónoma o pagos basados en derechos previamente acumulados por el reagrupante (a saber: pensión de jubilación o invalidez).

Sin embargo, la parte más problemática de la Directiva de 2003 es aquella que indica que se considerarán que los recursos son suficientes cuando no resulte necesario «recurrir al sistema de asistencia social». Entendiendo por tal

426. Ya en el año 2013 la CIDH recaló que «la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados». Ver CIDH de 25 de noviembre de 2013, *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*.

427. Artículo 54.1 del Real Decreto 557/2011, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LO 2/2009.

428. El margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede utilizarse, por tanto, de modo que menoscabe el objetivo de la Directiva, ni su efecto útil (sentencia de 6 de diciembre de 2012, O y otros, C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apartado 74 y jurisprudencia citada).

429. PASTOR SELLER, E Y MARTÍNEZ GALLARDO, B.J.: «Análisis de las realidades de los procesos de reagrupación familiar y las respuestas de los servicios sociales municipales», *Acciones e Investigaciones Sociales*, n.º 34, 2014, pp. 27-50.

aquella que puedan conceder las autoridades públicas a nivel nacional, regional o local, sin que sea necesario acudir a ella para que la persona solicitante de la reagrupación pueda mantenerse a sí misma y a los miembros de su familia. Por lo que, atendiendo a las circunstancias concretas, podrá denegarse la solicitud de reagrupación cuando ello suponga una carga excesiva para el sistema de asistencia social durante su periodo de residencia. Se trata, por tanto, de un requisito que debe interpretarse ateniendo a la asistencia general y no a la especial que pueda generarse por necesidades excepcionales o imprevistas⁴³⁰.

No cabe confundir la asistencia social, en términos estrictos, con la Seguridad Social. Por lo que, de acuerdo con el artículo 14 de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, la persona extranjera residente legal en España podrá acceder a los servicios y prestaciones sociales, tanto generales como específicos, en igualdad de condiciones que los nacionales. Siendo así denegada la solicitud de reagrupación cuando el inmigrante se encuentre en esta situación. Ahora bien, cuando la percepción de una ayuda pública derive de una previa cotización por parte del trabajador extranjero, entonces no cabe emplear este argumento para denegar el derecho a la reagrupación familiar⁴³¹.

A este respecto, resulta interesante la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 21 de abril de 2016, caso *Mimoun Khachab contra la Subdelegación del Gobierno de Álava* en el asunto C-558/2014 en donde los tribunales españoles (Tribunal de Justicia del País Vasco) enuncian una cuestión prejudicial ante el Alto Tribunal Europeo⁴³². En concreto, el órgano jurisdiccional remitente solicita, en esencia, que se dilucide si el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86 debe interpretarse en el sentido de que permite a las autoridades competentes de un Estado miembro fundamentar la denegación de una solicitud de reagrupación familiar en una valoración prospectiva de la probabilidad de mantenimiento o no de los recursos fijos y regulares suficientes de los que debe disponer el reagrupante para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social de ese Estado miembro, durante el año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud, valoración que se basa en la evolución de los ingresos obtenidos por el reagrupante durante los seis meses anteriores a dicha fecha⁴³³.

430. FRATEA, C.: «La protección de los migrantes internacionales a la luz de los más recientes desarrollos de la Directiva sobre el Derecho a la reagrupación familiar... *op. cit.*, p. 1160.

431. MOYA ESCUDERO, M.: «El Derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería», *La Ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 21, 2000, p. 1700.

432. Según el órgano jurisdiccional remitente, la versión en lengua española y las versiones inglesa y francesa del artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86 emplean el verbo «disponer» en presente de indicativo y no en futuro. Por este motivo, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si, a efectos de obtener la reagrupación familiar, el reagrupante debe disponer de «recursos fijos y regulares suficientes» en la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación o si puede tomarse en consideración el hecho de que dispondrá de tales recursos durante el año siguiente a dicha fecha.

433. Los hechos son los siguientes: «El Sr. Khachab, nacional de un tercer país y residente en España, es titular de una autorización de residencia de larga duración en dicho Estado miembro. El 20

Recuerda el Tribunal de Justicia, que sobre esta cuestión ya ha declarado que el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86 no puede aplicarse de forma que se vulneren los derechos fundamentales establecidos, en particular, en el artículo 7 de la Carta⁴³⁴. Ahora bien, el artículo 7 de la Carta no puede interpretarse en el sentido de privar a los Estados miembros del margen de apreciación de que disponen a la hora de examinar las solicitudes de reagrupación familiar y ello es porque las normas de la Directiva 2003/86 deben interpretarse y aplicarse durante dicho examen, en especial, a la luz del mencionado artículo 7 de la Carta, como bien se deduce por lo demás de la redacción del considerando 2 de la citada Directiva, en donde se impone a los Estados miembros la obligación de examinar las solicitudes de reagrupación de modo favorable a la vida familiar.

Cabe examinar detenidamente el apartado 1, letra c) del artículo 7 de la Directiva de 2003, a saber: «recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia». Por lo que, siguiendo las conclusiones del abogado general (Sr. Paolo Mengozzi) presentadas a fecha de 23 de diciembre de 2015, cabe afirmar que: «... aunque la citada disposición no prevea expresa-

de febrero de 2012 solicitó a las autoridades españolas una autorización de residencia temporal por reagrupación familiar a favor de su cónyuge, la Sra. Aghadar. Mediante resolución de 26 de marzo de 2012, la Subdelegación del Gobierno denegó la solicitud del Sr. Khachab indicando que éste no había acreditado disponer de recursos económicos suficientes para atender a las necesidades de la familia una vez reagrupada.

A raíz de lo anterior, el Sr. Khachab interpuso recurso de reposición, en vía administrativa, contra dicha resolución ante la Subdelegación del Gobierno, recurso que fue desestimado, mediante resolución de 25 de mayo de 2012, porque no realizaba ninguna actividad laboral, ni acreditaba disponer de medios económicos suficientes para cubrir las necesidades de la familia una vez reagrupada. A continuación, el Sr. Khachab interpuso recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Vitoria-Gasteiz. Mediante sentencia de 29 de enero de 2013, dicho órgano jurisdiccional confirmó la mencionada resolución basándose esencialmente en los motivos ya indicados en la resolución de 26 de marzo de 2012.

Posteriormente, el Sr. Khachab interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En apoyo de su recurso, el Sr. Khachab alega que el órgano jurisdiccional de primera instancia no tuvo en cuenta un hecho nuevo al que había hecho referencia durante el procedimiento, a saber, que desde el 26 de noviembre de 2012 trabaja para una empresa de recogida de cítricos y dispone por tanto de un trabajo que le genera ingresos suficientes. Añade que es titular de una autorización de residencia de larga duración y que está casado con la Sra. Aghadar desde 2009. Afirma, además, que dispone de un alojamiento adecuado y que tiene acreditados más de cinco años de cotización en España. Por último, considera que debe tomarse en consideración la actual coyuntura económica, en la que es extremadamente difícil disfrutar de una situación continuada y efectiva de estabilidad laboral».

⁴³⁴. Véase, en ese sentido, la sentencia de 6 de diciembre de 2012, O y otros, C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apartado 77.

mente esta facultad, de su propio tenor resulta, concretamente del empleo de los términos «fijos» y «regulares», que esos recursos económicos deben presentar cierta permanencia y continuidad. A este respecto, con arreglo al tenor del artículo 7, apartado 1, letra c), segunda frase, de la Directiva 2003/86, los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función, en especial, de su «regularidad», lo que exige un examen periódico de su evolución. En consecuencia, no puede interpretarse que el tenor del artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86 se opone a que la autoridad competente del Estado miembro a la que se solicita la reagrupación familiar pueda examinar si se cumple el requisito relativo a los recursos del reagrupante teniendo en cuenta una evaluación acerca del mantenimiento de esos recursos más allá de la fecha de presentación de dicha solicitud. Por todo ello, el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86 exige necesariamente que la autoridad competente del Estado miembro de que se trate valore de modo prospectivo el mantenimiento de los recursos fijos y regulares suficientes del reagrupante más allá de la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación familiar».

Al hilo de esta idea, algunos tribunales nacionales han indicado la pertinencia de examinar igualmente el cómputo de los medios económicos una vez reagrupada la familia. En efecto, la situación económica podría mejorar aunque el solicitante disponga de recursos suficientes⁴³⁵.

Aclarado este aspecto conviene dilucidar, en segundo lugar, si dicha disposición permite a la autoridad competente del Estado miembro de que se trate supeditar la autorización de reagrupación familiar a la probabilidad de mantenimiento de esos recursos durante el año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación familiar, tomando en consideración los ingresos obtenidos por el reagrupante durante los seis meses anteriores a dicha fecha.

De conformidad con el principio de proporcionalidad indica ahora el TJUE que: «... el período de un año, durante el cual debe ser probable que el reagrupante disponga de recursos suficientes, tiene un carácter razonable y no va más allá de lo necesario para poder evaluar, de modo individual, el riesgo potencial de que el reagrupante se vea obligado a recurrir al sistema de asistencia social de dicho Estado después de que se haya producido la reagrupación familiar»⁴³⁶.

435. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 11 de abril de 2008. En contra, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2017 (número de recurso 298/2016), en donde se deniega la reagrupación de una cónyuge comunitaria al considerar que posee pocos recursos económicos, lo que por ende supondría una carga para el Estado en cuestión.

436. En efecto, ese período de un año corresponde al período de validez del permiso de residencia que debe poseer, por lo menos, el reagrupante, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2003/86, para poder solicitar la reagrupación familiar. Además, según el artículo 16, apartado 1, letra a), de esta Directiva, las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate tienen la facultad de retirar el permiso de residencia del miembro de la familia del reagrupante cuando dicho reagrupante deje de disponer de recursos fijos y regulares suficientes durante el período de residencia de ese miembro de la familia y hasta que este último obtenga un permiso de residencia autónomo, a saber, conforme al artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2003/86, a más tardar tras cinco años de residencia en dicho Estado miembro.

Por todo ello y siguiendo lo dispuesto por la normativa nacional española (en concreto, el artículo 54, apartado 2, párrafo primero, del Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009) sólo podrá denegar la autorización de residencia a efectos de la reagrupación familiar si se determina «indubitadamente» que el reagrupante no podrá mantener los recursos suficientes durante el año siguiente a la fecha de presentación de su solicitud. Por tanto, esta disposición sólo exige al reagrupante, para poder obtener dicho permiso de residencia a efectos de la reagrupación familiar, que sea previsible que pueda mantener sus recursos.

Ahora bien, aclara el Alto Tribunal Europeo que en lo que se refiere a la fijación en seis meses del período anterior a la presentación de la solicitud que sirve de base para la valoración prospectiva de los recursos del reagrupante, ninguna previsión o precisión establece la Directiva 2003/86. Por todo ello, ese período no puede vulnerar el objetivo de esta Directiva.

Falla el TJUE afirmando que: «El artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, debe interpretarse en el sentido de que permite a las autoridades competentes de un Estado miembro fundamentar la denegación de una solicitud de reagrupación familiar en una valoración prospectiva de la probabilidad de mantenimiento o no de los recursos fijos y regulares suficientes de los que debe disponer el reagrupante para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social de ese Estado miembro, durante el año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud, valoración que se basa en la evolución de los ingresos obtenidos por el reagrupante durante los seis meses anteriores a dicha fecha».

Por último, conviene comentar detenidamente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de Mayo de 2018 (Gran Sala), en los asuntos acumulados C-331/16 y C-366/16, y en donde se limita la entrada en territorio nacional a dos ciudadanos extracomunitarios por razones de orden público y seguridad⁴³⁷. Cabe señalar que la primera demanda se fundamenta en relación con la decisión por la que el Tribunal nacional declara al ciudadano K. persona indeseable en el territorio neerlandés (asunto C-331/16). Por su parte, el señor H.F. y el Belgische Staat (Estado belga), recurren en relación a una decisión por la que se deniega a H.F. un derecho de residencia de más de tres meses en el territorio belga (asunto C-366/16). Las dos peticiones de decisión prejudicial

⁴³⁷. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2018, en los asuntos acumulados C-331/16 y C-366/16: *K y H.F.* declara que la necesidad de limitar la libertad de circulación y de residencia de un ciudadano de la Unión o de un miembro de su familia sospechoso de haber participado, en el pasado, en crímenes de guerra debe evaluarse caso por caso. Dicha evaluación requiere una ponderación, por una parte, de la amenaza que el interesado constituye para los intereses fundamentales de la sociedad de acogida y, por otra parte, de la protección de los derechos de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias.

tienen por objeto la interpretación de los artículos 27, apartado 2, párrafo segundo, 28, apartado 1, y 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO 2004, L 158, p. 77; corrección de errores en DO 2004, L 229, p. 35).

En el primero de los asuntos, el demandante llega a los Países Bajos acompañado de su esposa y su hijo, el 21 de enero de 2001⁴³⁸. El 2 de febrero de 2001, K. presentó ante el Secretario de Estado una primera solicitud de permiso de residencia de duración determinada en calidad de solicitante de asilo. Dicha solicitud le fue denegada mediante decisión del Secretario de Estado de 15 de mayo de 2003, adquiriendo ésta firmeza tras ser confirmada mediante sentencia del Raad van State (Consejo de Estado, Países Bajos) de 21 de febrero de 2005.

El 27 de julio de 2011, el recurrente K. presentó una nueva solicitud de asilo, que fue denegada mediante decisión del Secretario de Estado de 16 de enero de 2013. Dicha decisión, que se acompañaba de una prohibición de entrada en el territorio neerlandés por un período de diez años. A raíz de la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea, el señor K. solicitó al Secretario de Estado, el 3 de octubre de 2014, que revocara la prohibición de entrada en el territorio dictada contra él. Mediante decisión de 22 de julio de 2015, el Secretario de Estado estimó esta solicitud, si bien declaró a K. persona indeseable en el territorio neerlandés, con arreglo al artículo 67, apartado 1, letra e), de la Ley de extranjería. La reclamación que K. interpuso contra dicha decisión fue desestimada mediante decisión de 9 de diciembre de 2015. De acuerdo con artículo 1, sección F, letra a), de la Convención de Ginebra, el Secretario de Estado entiende que el señor K. es una persona indeseable debido a que se declara probado que el mismo había participado en delitos de guerra y contra la humanidad cometidos por las unidades especiales del ejército bosnio. De igual modo, el Secretario de Estado entiende que la presencia de K. en el territorio neerlandés podía perjudicar a las relaciones internacionales del Reino de los Países Bajos, por lo que debía impedirse que este Estado miembro se convirtiera en un país de acogida de personas respecto de las cuales hubiera motivos fundados para considerar que habían cometido delitos graves.

Finalmente, entiende el Secretario de Estado que la protección del orden público y de la seguridad pública exige que se adopten todas las medidas necesarias para impedir que los ciudadanos neerlandeses entrasen en contacto con personas que, en su país de origen, han incurrido en conductas graves comprendidas en el artículo 1, sección F, letra a), de la Convención de Ginebra. Dicha

⁴³⁸. En el asunto C-331/16, el señor K posee la nacionalidad croata y la nacionalidad bosnio-herzegovina.

decisión fue recurrida por el señor K. alegando el derecho al respeto de la vida privada y familiar. El órgano jurisdiccional remitente (Tribunal de Primera Instancia de La Haya, sede de Middelburg, Países Bajos) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: «1) ¿Permite el artículo 27, apartado 2, de la Directiva [2004/38] que un ciudadano de la Unión, respecto del cual haya quedado acreditado, como ocurre en el presente asunto, que le es aplicable el artículo 1, sección F, letras a) y b), de la [Convención de Ginebra], sea declarado persona indeseable porque la extraordinaria gravedad de los delitos contemplados en esta disposición [de la Convención de Ginebra] lleva a concluir que se debe considerar que la amenaza que dicha persona representa para un interés fundamental de la sociedad, por su propia naturaleza, es actual de modo permanente?. 2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿cómo se debe determinar, a efectos de la adopción de una declaración de persona indeseable, si el comportamiento de ese ciudadano de la Unión tal como se ha definido, respecto del cual se ha declarado aplicable el artículo 1, sección F, letras a) y b), de la [Convención de Ginebra], ha de considerarse una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad? ¿En qué medida debe tenerse en cuenta a este respecto el hecho de que las conductas sancionadas por el artículo 1, sección F, de la [Convención de Ginebra] fueran cometidas, como ocurre en el presente asunto, hace mucho tiempo, en este caso concreto entre 1992 y 1994? 3) ¿De qué manera influye el principio de proporcionalidad en la apreciación sobre si puede dictarse una declaración de persona indeseable frente a un ciudadano de la Unión respecto del cual se ha declarado aplicable el artículo 1, sección F, letras a) y b), de la [Convención de Ginebra], como ocurre en el presente asunto? ¿Deben tenerse en cuenta en este contexto, o independientemente de él, los factores mencionados en el artículo 28, apartado 1, de la [Directiva 2004/38]? ¿Debe tenerse en cuenta en este contexto, o independientemente de él, el período de diez años de residencia en el país de acogida, previsto en el artículo 28, apartado 3, letra a), de dicha Directiva? ¿Deben tenerse en cuenta todos los factores mencionados en el punto 3.3 de [la Comunicación COM(2009) 313 final]?».

Por su parte, en el asunto C-366/16 el señor H.F., de nacionalidad afgana, llegó a los Países Bajos el 7 de febrero de 2000 y presentó una solicitud de asilo en este país el 6 de marzo del mismo año. Al igual que en el asunto C-331/16 su solicitud le fue denegada en base del artículo 1, sección F, letra a), de la Convención de Ginebra. Esta decisión fue confirmada mediante sentencia del rechtbank te 's-Gravenhage (Tribunal de Primera Instancia de La Haya, Países Bajos).

Por medio de la decisión de 9 de enero de 2006, la autoridad neerlandesa competente denegó a H.F. la concesión de un permiso de residencia temporal en los Países Bajos. Sin embargo, en el año 2011 H.F. y su hija se establecieron en Bélgica. El 5 de octubre de 2011, el señor H.F. presentó una solicitud de autorización de residencia en Bélgica, la cual se consideró inadmisibles mediante decisión del Delegado del Secretario de Estado de Asilo y Migraciones. Se decla-

ra la expulsión del señor H.K, por lo que éste decide presentar varios recursos de anulación que le fueron desestimados.

En base a los mismos fundamentos que en el asunto anterior y en relación a la denegación de la residencia, el Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Consejo del Contencioso de Extranjería) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: «¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, en particular el artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, en su caso en relación con el artículo 7 de la [Carta], en el sentido de que una solicitud de residencia presentada por un nacional de un tercer país, miembro de la familia de un ciudadano de la Unión, en el marco de la reagrupación familiar con dicho ciudadano de la Unión, que por su parte ha ejercido la libertad de circulación y de establecimiento, puede ser denegada por un Estado miembro en razón de la amenaza que se deriva de la mera presencia en la sociedad del miembro de la familia solicitante, al cual le fue denegado, en aplicación del artículo 1, sección F, de la [Convención de Ginebra] y del artículo 12, apartado 2, de la [Directiva 2011/95], el estatuto de refugiado en otro Estado miembro debido a su implicación en hechos que tuvieron lugar en un contexto histórico y social específico en su país de origen, cuando la existencia de una amenaza real y actual derivada del comportamiento de ese miembro de la familia en el Estado miembro de residencia se basa exclusivamente en una remisión a la decisión de denegación, sin que en esta ocasión se haya evaluado el riesgo de reincidencia en el Estado miembro de residencia?».

El Alto Tribunal Europeo afirma que, antes de adoptar una medida por razones de orden público o de seguridad pública, resulta necesaria una valoración caso por caso. En efecto, el hecho de que, en el pasado, se haya denegado al interesado el estatuto de refugiado en virtud de una de esas disposiciones no puede dar lugar automáticamente a la apreciación de que su mera presencia en el territorio del Estado miembro de acogida constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad en el sentido del artículo 27, apartado 2, párrafo segundo, primera frase, de la Directiva 2004/38. Así pues, la declaración de la existencia de una amenaza de esta índole debe basarse en una apreciación de la conducta personal del interesado, teniendo en cuenta las consideraciones de la decisión por la que se denegó el estatuto de refugiado y las razones en que ésta se basa, especialmente la naturaleza y la gravedad de los crímenes o actos de los que se le acusa, el grado de su implicación individual en ellos, la posible existencia de causas de exoneración de su responsabilidad penal y si existe o no una condena penal. Dentro de esta apreciación global debe tomarse igualmente en consideración el lapso de tiempo transcurrido desde la supuesta comisión de esos crímenes o actos y la conducta posterior de esa persona, especialmente si esa conducta pone de manifiesto que mantiene una actitud contraria a los valores fundamentales de la Unión de un modo que podría perturbar la tranquilidad y la seguridad física de la población.

Finaliza el TJUE alegando lo siguiente respecto al primer asunto: «... Una medida restrictiva del derecho a la libre circulación solo puede justificarse si

respeto el principio de proporcionalidad, lo que exige determinar si esa medida es adecuada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no va más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de noviembre de 2011, Gaydarov, C-430/10, EU:C:2011:749, apartado 40 y jurisprudencia citada).

Esta evaluación requiere una ponderación, por una parte, de la amenaza que la conducta personal del interesado constituye para los intereses fundamentales de la sociedad de acogida y, por otra parte, la protección de los derechos que la Directiva 2004/38 confiere a los ciudadanos de la Unión y a los miembros de sus familias (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, apartado 50 y jurisprudencia citada).

En el contexto de este examen, deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, y, en concreto, el derecho al respeto de la vida privada y familiar tal como se formula en el artículo 7 de la Carta y en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (sentencia de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, apartado 52 y jurisprudencia citada).

Por su parte, respecto al asunto C366/16: «... Para adoptar una decisión de esta índole dentro del respeto del principio de proporcionalidad, es preciso tener en cuenta, en particular, la naturaleza y la gravedad del comportamiento reprochado a la persona afectada, la duración y, en su caso, la legalidad de su residencia en el Estado miembro de acogida, el período transcurrido desde esa conducta, el comportamiento manifestado durante ese período, el grado de su peligrosidad actual para la sociedad y la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con dicho Estado miembro.

Por lo que respecta a la protección prevista en el artículo 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38, ha de recordarse que esta Directiva establece un régimen de protección frente a medidas de expulsión que se basa en el grado de integración de las personas afectadas en el Estado miembro de acogida, de modo que cuanto mayor sea la integración de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia en el Estado miembro de acogida, mayores serán las garantías de las que disfrutarán contra la expulsión (véanse, en este sentido, las sentencias de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, apartado 25, y de 17 de abril de 2018, B y Vomero, C-316/16 y C-424/16, apartado 44).

El artículo 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38, según el cual no se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión que haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, excepto por “motivos imperiosos de seguridad pública”, se inscribe en la sistemática de este régimen y refuerza considerablemente la protección de las personas a las que esta disposición es aplicable en lo que respecta a las medidas de expulsión que podrían imponérseles (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis, C-145/09, EU:C:2010:708, apartado 28).

3. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA: ASPECTOS JURÍDICO-CRÍTICOS

El artículo 18 de la Constitución española consagra el derecho a la intimidad personal y familiar, sin embargo no menciona nada respecto al derecho de reagrupación familiar. Sin embargo, siguiendo lo dispuesto en la doctrina del TEDH cabe entender el derecho a la reagrupación familiar como integrante del derecho a la intimidad familiar que regula el artículo 18 de la CE, de ahí que debamos tener en cuenta lo dispuesto por los artículos 16 a 19 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁴³⁹ y, de igual modo, los artículos 52 a 58 del Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Esta doctrina judicial resulta conforme con el artículo 8.1 del CEDH⁴⁴⁰.

Tal y como está dispuesto por la LOEXIs, el derecho a la reagrupación familiar se configura como «un verdadero derecho subjetivo no subordinado a las vicisitudes familiares que en momento posteriores pudieran producirse»⁴⁴¹, el cual se extiende a los familiares legalmente delimitados por el artículo 17 del mismo texto legal y el 53 del RD 557/2011, esto es, el cónyuge del residente⁴⁴²,

439. Siendo ésta últimamente reformada por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; la LO 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

440. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral»... *op. cit.*, pp. 300-301.

441. ORTEGA MARTÍN, E.: *Manual de Derecho de Extranjería*, Madrid, 3ªEd. Europea de Derecho, 2005, pp. 10-20. CEINOS SUÁREZ, Á.: «Artículo 16. Derecho a la intimidad familiar», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Dirs. y Coords.), *Comentario a la Ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, Comares, 2012, p. 282.

442. «Siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia». Véase el artículo 17.1 a) de la LOEXIs.

La utilización del matrimonio de conveniencia para eludir las normas relativas a la entrada y residencia, eje principal de las políticas migratorias estatales, ha constituido una constante preocupación de los Estados. Esto explica que el artículo 17.1.a) de la LOEXIS exija como condición

los hijos del residente y del cónyuge (incluidos los adoptados)⁴⁴³ y los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España⁴⁴⁴. Por consiguiente, quedan fuera de⁴⁴⁵ «la titularidad autónoma o independiente, a los familiares reagrupables. Con lo cual sólo podrán beneficiarse quienes el residente extranjero en España quiera o desee reagrupar»⁴⁴⁶. Por supuesto, la residencia legal en España se configura aquí como un requisito necesario para que el solicitante (o sea, únicamente el reagrupante) pueda ejercer su derecho a la reagrupación familiar, no siendo necesario que el mismo sea titular de una autorización de trabajo (artículo 16 de la LOEXIS)⁴⁴⁷.

para ejercer el derecho de reagrupación familiar del cónyuge, que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley.

443. Especifica el artículo 17.1 b) que deberán éstos ser «... menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud».

444. Se consideran que están a cargo cuando se acredite que durante el último año el reagrupante ha transferido fondos o soportados gastos de su ascendiente de al menos el 51% del producto interior bruto per cápita, en cómputo anual, del país de residencia de éste. Ver VV.AA., *Manual Práctico Orientativo de Derecho de Extranjería*, ORTEGA GIMÉNEZ, A (Dir.) Y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S (Coord.), Navarra, Aranzadi, 2016, pp. 64-65.

445. Quedan excluidos del ámbito de aplicación personal de la Ley 4/2000, al no considerarse extranjeros, debiendo regirse por su normativa específica los siguientes colectivo: A) Los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares; B) Los representantes, delegados y demás miembros de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España, así como sus familiares y C) Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares. Véase artículo 2 de la LO 4/2000.

446. SAGARRA TRIAS, E.: *La Legislación sobre Extranjería e Inmigración: una lectura*, Universidad de Barcelona, 2002, p. 184. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral»... *op. cit.*, p. 301.

447. Entre los requisitos que son exigibles para solicitar la reagrupación familiar se encuentran los siguientes: A) No ser ciudadano de un Estado de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, o familiar de ciudadanos de estos países a los que les sea de aplicación el régimen de ciudadano de la Unión. B) No encontrarse irregularmente en territorio español. C) Carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español. D) No tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. E) Tener asistencia sanitaria por estar cubierta por la Seguridad Social o contar con un seguro privado de enfermedad. F) No padecer ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005. G) No encontrarse, en su caso, dentro del plazo de compromiso de no retorno a España que el extranjero haya asumido al acogerse a un programa de retorno voluntario. H) Haber abonado la tasa por tramitación del procedimiento. I) Tener medios económicos suficientes para atender las necesidades de la familia. Se podrán computar los ingresos aportados por el cónyuge o pareja u otro familiar en línea directa y primer grado, residente en España que conviva con el reagrupante. Para unidades

En torno a este tema, se han planteado en el año 2019 varias cuestiones que finalmente han motivado el surgimiento de una doctrina consolidada en esta materia. En concreto, la cuestión litigiosa gira sobre la protección del menor y la concesión o no de la prórroga del permiso de residencia por razones de arraigo familiar, cuando el solicitante es extranjero y tiene a su cargo un menor nacional. Al hilo de este tema, resultan llamativas dos novedosas sentencias, en concreto: las sentencias del Tribunal Supremo (sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de Mayo de 2019 (n.º recurso 4461/2017)⁴⁴⁸ y de 30 de mayo de 2019 (núm. 1270/2019). Mientras que en la primera sentencia el Alto Tribunal considera que es necesario conceder la prórroga de la autorización de estancia ateniendo al interés superior del menor, por contra, en el segundo caso deniega dicha solicitud. En efecto, entiende el TS que, por aplicación del principio de proporcionalidad, debe primar el orden público y la salvaguarda de la seguridad pública antes que la protección del menor. Se valoran los antecedentes penales que tiene el extranjero por delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar. Todas esas conductas inciden en el respeto a la vida privada

familiares que incluyan dos miembros (reagrupante y reagrupado) se exige una cantidad mensual del 150 % del IPREM, Por cada miembro adicional se deberá sumar, el 50% del IPREM, Disponer de vivienda adecuada. F) El reagrupante deberá haber residido en España durante un año como mínimo y haber obtenido autorización para residir por, al menos, otro año. Para reagrupar a los ascendientes el reagrupante deberá ser titular de una autorización de larga duración o larga duración-UE.

448. Don Ezequiel es padre de un menor de edad de nacionalidad española. El recurrente tiene a su cuidado al menor y convive con él. Don Ezequiel obtuvo una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en su modalidad de arraigo familiar. Y, habiendo transcurrido más de un año desde la expiración de la anterior autorización, vuelve a solicitar la autorización sobre la base del mismo presupuesto. Por parte de la Subdelegación del Gobierno en Alicante se dicta resolución por la que se le deniega dicha autorización. De igual modo, el Juzgado de de lo Contencioso-Administrativo de Alicante (número de recurso 218/2014) y la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección Quinta), en sentencia de 28 de abril de 2017, entienden que debe desestimarse el recurso interpuesto por Don Ezequiel y confirmar, en su integridad, la Resolución denegatoria de la solicitud de prórroga de la autorización de trabajo y residencia temporal.

Finalmente, la representación de Don Ezequiel presenta recurso de casación ante el Tribunal Supremo al entender que debe primar la protección del menor. Para ello solicita: «Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar: si las autorizaciones de residencia por razones excepcionales de arraigo familiar (art. 124.3 Reglamento de Extranjería) son susceptibles de prórroga, o, por el contrario, el titular de este tipo de autorizaciones, deberá solicitar directamente —al finalizar su vigencia— la autorización de residencia temporal y trabajo (art. 130.4 en relación con el art. 202.1.2 del citado Reglamento)».

El Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) estima, en su sentencia el 27 de mayo de 2019, el recurso de casación interpuesto por la representante de Don Ezequiel y dicta el siguiente fallo: «1) Atendiendo a la evidencia de la concurrencia de interpretaciones contradictorias del art. 130 del reglamento de Extranjería se aprecia la existencia de disparidades y contradicciones insalvables entre las sentencias sometidas a contraste, la que se recurre y las que aquí señalamos en cuanto concierne a la interpretación de las mismas normas y en relación con un problema de interpretación y aplicación sustancialmente coincidente». Por todo ello, el Tribunal Supremo casa y estima el recurso presentado, al afirmar que la solicitud de prórroga de la autorización familiar se realiza por circunstancias excepcionales de arraigo familiar.

e intimidad familiar y, por tanto, en el arraigo familiar que se solicita. Por lo que a fin de proteger al menor contra cualquier forma de malos tratos (físico, psíquicos y emocionales).

Cabe destacar que la finalidad de estas autorizaciones no es otra que la de atender a las situaciones de excepcionalidad. Por todo ello, cabe llevar a cabo una interpretación amplia del precepto, entendiendo que: «su plazo de vigencia no puede ser otro que aquel en el que perdura la situación de excepcionalidad... mediante el ajuste de autorización y prórrogas a periodos de un año la situación de autorización temporal —se pretende que— no se prolongue mucho más allá del necesario para afrontar la excepcionalidad».

Ahora bien, cabe indicar que, si el extranjero no prueba la tenencia de medios suficientes para mantener económicamente a su familia podrá denegarse la solicitud de residencia. A buen ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de diciembre de 2019 (número de recurso: 6269/2018). Se indica lo siguiente: «Para solicitar autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo no se requiere la aportación (ni por el empleador que permanece ajeno al procedimiento, ni por el extranjero solicitante de este tipo de autorización) de la documentación encaminada a justificar los medios económicos, materiales y personales para hacer frente a las obligaciones dimanantes del/los contratos de trabajo (art. 64.3.e) y 66 del Reglamento de la LOEXIS), prevista únicamente para las autorizaciones temporales de residencia y trabajo por cuenta ajena, y para el resto de las autorizaciones de residencia reguladas en el Título V del Reglamento (en virtud de la remisión expresa que el art. 129.2 hace a los requisitos establecidos en los apartados b), c), d), e) y f) del tan citado art. 64.3), y todo ello sin perjuicio de que la Administración, en uso de su potestad de control y siempre que no tenga por cierto el contrato presentado, pueda probar la inexistencia material del contrato o su evidente falta de viabilidad, en cuyo caso deberá denegar la autorización mediante resolución motivada justificativa de esa decisión».

Resulta importante aclarar que las autorizaciones de residencia por razones de arraigo social derivada de vínculos familiares resultan distintas a las autorizaciones por reagrupación familiar. En efecto, mientras que en las de reagrupación tienen como objetivo que un extranjero residente pueda reagrupar en España a los familiares que se hallan fuera del territorio nacional, en la solicitud de autorización de residencia temporal por razones de arraigo social derivada de vínculos familiares se contempla la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años y por necesidad de amparo a alguno de los miembros de la familia (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2019 —número de recurso 1023/2018—).

A la hora de analizar las causas que concurren y que determinan conceder la prórroga de la autorización de residencia por razones de arraigo familiar, cabe tener presente que: 1) la autorización de residencia temporal debe concederse por razones de arraigo familiar para el supuesto de padre o madre de un menor de nacionalidad española; 2) el solicitante debe tener a su cargo al menor y convivir con éste o 3) deberá el solicitante, al menos, estar al corriente de las

obligaciones paternofiliales respecto al mismo. Por todo ello, carecería: «... de todo sentido que en el supuesto referido precedentemente pueda denegarse la prórroga de autorización de residencia por el mero transcurso del plazo de un año, sino que además tal solución contradice la página web del Ministerio del Interior y vulnera de forma indirecta la protección jurídica que al menor dispensa nuestro derecho interno y derecho de la Unión».

Cabe recordar que, en el ámbito de la Unión Europea, el reconocimiento del derecho a la vida privada y familiar se erige en derecho fundamental y, por lo tanto, en guía esencial para el comportamiento que han de seguir los distintos Estados miembro. Y es que, junto a la familia se relacionan y conectan otros derechos, a saber: la conciliación de la vida laboral-familiar y la integración social en el país de acogida.

En la sentencia estudiada de mayo de 2019, el Tribunal Supremo no se refiere expresamente a este aspecto de la protección de la familia. No obstante, sí que adopta una doctrina muy proclive a la protección del menor, de ahí que aclare lo siguiente: «... la solución adoptada por las resoluciones impugnadas y en las sentencias recurridas supone, aunque indirectamente, una palmaria infracción de la protección jurídica que al menor dispensa nuestro ordenamiento jurídico».

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2019 tras analizar el artículo 7 de Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en sintonía con el apartado segundo del artículo 24 de ese mismo texto legal, entiende que «... puede determinarse la denegación de la autorización por razones de orden público y la salvaguardia de la seguridad pública, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, del interés superior del niño y de los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia». Por lo tanto, le concede un plano prioritario a la protección del menor y, por tanto, de la vida privada y familiar.

Atendiendo a las concretas circunstancias concurrente (y que describe la sentencia de 30 de septiembre de 2019), cabe conceder prioridad a la situación familiar, a saber: «... el interesado solo aparece empadronado en el domicilio familiar el 28 de marzo de 2016, menos de un mes antes de la solicitud de residencia por razones de arraigo, cuando el empadronamiento de los demás miembros de la familia se produjo en 2006 y 2008, lo que refleja la situación familiar en ese momento. Por otra parte, tampoco se valoran convenientemente los antecedentes penales, de 2013, por delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar, conductas que inciden directamente sobre el arraigo familiar y especialmente sobre la necesaria protección del menor contra cualquier forma de malos tratos (físicos, psíquicos, emocionales), y que el bien jurídico lesionado es objeto de especial protección por el ordenamiento jurídico español, mediante una legislación específica, en línea con las actuaciones sobre la materia desarrolladas en el ámbito europeo, que se reflejan en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España, en cuyo art. 1 señala como objetivos, entre otros, proteger a

las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres; o concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica».

El derecho a la familia y a la protección del menor debe defenderse como una de las medidas más eficaces para conseguir la integración del extranjero, así como respeto a la vida privada y a la familia. Y es que, la familia es algo más que un grupo humano, se trata de una figura que cumple con unos fines esenciales en la sociedad, de ahí que sea merecedora de una especial protección en el ordenamiento jurídico.

La cuestión más litigiosa en este punto es la relativa a los extranjeros en situación irregular administrativa, para los que no existe ninguna cobertura legal en España para que puedan ejercer el derecho a la reagrupación familiar. En contra de lo que mantiene la doctrina científica y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la LOEXIs introduce distinciones entre inmigrantes regulares e irregulares en relación al disfrute de los derechos y libertades, en igualdad de condiciones que los nacionales. Diferencias, todas ellas, que resultan contrarias con las obligaciones internacionales asumidas por España⁴⁴⁹. A este respecto, se está actualmente planteando a nivel político (nacional y comunitario) más limitaciones, pues la entrada masiva de inmigrantes en estos últimos años (la llamada «crisis de inmigrantes») está saturando las costas españolas, al tiempo que pone en peligro los principios fundamentales para el mantenimiento de un Estado Social y Democrático. Así pues, en lo que se refiere al derecho a la reagrupación familiar el proyecto de ley que se está hoy día debatiendo gira en torno a la idea de limitar aún más este derecho. De forma que se elimine la posibilidad de incluir «a cualquier familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias».

En lo que respecta al resto de derechos sociales, el debate se centra en torno a conceder únicamente para los extranjeros irregulares los derechos a la asistencia sanitaria y a la educación obligatoria, limitando así el resto de derechos, esto es, a la reunión, asociación, participación pública, sindicación o huelga —quedan restringidos a los legales—.

Los temas de extranjería generan tensiones entre los intereses de los Estados y la defensa de los derechos humanos, particularmente intensas en el ámbito de la reagrupación familiar, pues los inmigrantes no pueden ser considerados solamente como mano de obra, sino como personas titulares de derechos, entre los que se encuentra el derecho a la vida familiar. Por ello, entiendo que aspectos

449. GÓMEZ ÁLVAREZ, T Y GARCÍA SAN JOSÉ, D.: «Los Derechos Sociales y Sindicales en el nuevo régimen jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.: Un análisis crítico», *Revista Trabajo y Seguridad Social*, n.º 228, 2002, p. 77.

básicos como la vivienda, el acceso a la cobertura sanitaria, la educación y la asistencia social... etcétera deberían erigirse en aspectos básicos que no quedarán supeditados, en ningún caso, a la situación administrativa de la persona en cuestión. En este sentido, debería primar el principio de igualdad y de integración por encima de cualquier política restrictiva de derechos sociales.

4. CONCLUSIONES

La migración familiar se ha convertido en el principal cauce de asentamiento de personas migrantes, tanto a nivel mundial como en la mayor parte de países integrantes de la UE. Actualmente este derecho fundamental aparece recogido en diversos textos a nivel internacional y comunitario. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, la reagrupación familiar genera fuertes tensiones con los derechos a la libre circulación de trabajadores, la conciliación de la vida laboral y familiar, así como el derecho a la intimidad y a la vida. Y ello es porque la normativa reguladora de este fenómeno aparece descrita de una manera somera, suave y genérica, lo que determina numerosas dudas en cuanto su aplicación efectiva, obligatoriedad y fuerza en el plano práctico de la misma. A este respecto, cabe diferenciar entre el *status jurídico* protector previsto para los sujetos protegidos por el derecho comunitario y los nacionales de terceros países, refugiados, asilados, apátridas... etcétera. Ello se traduce en la fijación de distintas escalas de ciudadanía y, por ende, de disfrute de los derechos de protección social.

A buen ejemplo, en la nación española la cuestión más litigiosa es la relativa a los extranjeros en situación irregular administrativa (pues la residencia legal se configura aquí como un elemento necesario para solicitar el derecho de reagrupación familiar), para los que no existe ninguna cobertura legal en España para que puedan ejercer el derecho a la reagrupación familiar. En contra de lo que mantiene la doctrina científica y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la LOEXIs introduce distinciones entre inmigrantes regulares e irregulares en relación al disfrute de los derechos y libertades, en igualdad de condiciones que los nacionales. Diferencias, todas ellas, que resultan contrarias con las obligaciones internacionales asumidas por España. A este respecto, se está actualmente planteando a nivel político (nacional y comunitario) más limitaciones, pues la entrada masiva de inmigrantes en estos últimos años (la llamada «crisis de inmigrantes») está saturando las costas españolas, al tiempo que pone en peligro los principios fundamentales para el mantenimiento de un Estado Social y Democrático. Así pues, en lo que se refiere al derecho a la reagrupación familiar el debate gira en torno a la idea de limitar aún más este derecho. De forma que se elimine la posibilidad de incluir «a cualquier familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias».

La reagrupación familiar debe defenderse como una de las medidas más eficaces para conseguir la integración del extranjero, así como el fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar. Y es que, la familia es algo más que un

grupo humano, se trata de una figura que cumple con unos fines esenciales en la sociedad⁴⁵⁰, de ahí que sea merecedora de una especial protección en el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva parece importante que los Estados permitan en sus políticas migratorias la entrada de los familiares reagrupables⁴⁵¹. En efecto, la regulación normativa española podría ser más flexible, ya que aunque el derecho a la reagrupación familiar no se encuentra configurado formalmente como «fundamental», lo cierto es que de él deriva el derecho de todo ser humano a vivir junto a su familia. Entendido éste como un derecho subjetivo e inherente a la persona desde su nacimiento y, por tanto, irrenunciable⁴⁵² e innegable⁴⁵³. Debe plantearse aquí la universalidad de los derechos a la reagrupación familiar y la armonización del derecho de inmigración sin perjuicio de un control de las fronteras respetuoso con los derechos fundamentales de todas las personas⁴⁵⁴.

Actualmente el retroceso que, en muchos aspectos, suponen las modificaciones introducidas en la LOEXIs nos alejan de las directrices marcadas por el Derecho Comunitario, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y es que, bajo la égida de la Comisión Europea, ambas han supuesto una gran contribución para la defensa de los derechos de los extranjeros.

El TEDH, en los términos del artículo 8 del CEDH, interpreta un concepto amplio de familia en donde se incluyen tanto a los hijos nacidos dentro, como fuera del matrimonio. Por ello, el asunto esencial a la hora de determinar la protección de la familia consiste en «... ver si la medida en cuestión puede satisfacer las condiciones establecidas en el párrafo 2 del artículo 8»... es decir, si «de acuerdo con la ley» se persiguen algunos de los fines legítimos enumerados en ese artículo y si es «necesario en una sociedad democrática» para alcanzar dicho fines. En definitiva, para el TEDH se considera que es justificada una violación del derecho a la vida privada o familiar (en los términos del artículo 8 del CEDH) cuando se den las siguientes condiciones: a) que la medida se realice conforme a la legalidad; b) que persiga alguna de las causas enumeradas como legítimas y c) que la medida resulte «necesaria» en una sociedad democrática.

450. OROZCO PARDO, G Y OROZCO GONZÁLEZ, M.: «Derecho al respecto a la vida privada y familiar», en VV.AA., MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 102- 105.

451. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Legislación de extranjería y política de inmigración», *Relaciones laborales*, número 20/2000, pp. 1-14. GARCÍA VÁZQUEZ, S.: «Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar», *Anuario Da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n.º 7 de 2003, p. 460.

452. OROZCO PARDO, G.: «Artículo 7. Respeto a la vida privada y familiar», VV.AA., MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp.134-135.

453. Véase la sentencia del TSJ número 9 de Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de diciembre de 2017 (número de recurso 317/2017).

454. MONEREO PÉREZ, J.L. Y LÓPEZ INSUA, B.M.: «La garantía internacional del derecho a un trabajo decente», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177, 2015.



REFLEXIÓN FINAL Y PROPUESTAS

«*LEGE FERENDA*»

Una vez analizados los puntos más críticos que en torno a la protección social de las personas inmigrantes se producen, conviene ahora establecer una reflexión final y crítica a aquellos aspectos relacionados con: la seguridad social de los trabajadores inmigrantes, la protección por desempleo, la asistencia sanitaria y los servicios sociales, las prestaciones por dependencia, la asistencia sanitaria y la protección a la familia. Se trata de una aproximación integral a la realidad del nuevo escenario inmigratorio en España y desde el punto de vista de sus efectos, así como una aportación en el ámbito de la protección social.

Los flujos migratorios no constituyen un fenómeno coyuntural o una novedad en las sociedades contemporáneas, sino que —con mayor o menor intensidad— han estado siempre presentes en la historia de la humanidad, siendo así un elemento indispensable para la evolución y el progreso social. En las últimas décadas y en un contexto de globalización, se observa una intensificación de estos movimientos migratorios en toda la Unión Europea. Principalmente representativa ha sido la magnitud de inmigrantes que han entrado en el espacio comunitario en búsqueda de nuevas oportunidades de vida, trabajo, refugio y asilo —a causa del agravamiento o estallido de conflictos armados—. En particular, algunos Estados miembro han experimentado un mayor aumento poblacional en comparación con otros países de su entorno.

A pesar de los efectos positivos que la inmigración puede tener sobre las regiones en cuando factor equilibrador de la deuda externa o como elemento de reducción de la pobreza y dinamizador de las economías locales, lo cierto es que no todos los Estados han visto con buenos ojos esta «crisis migratoria y de refugiados». Desde el ámbito internacional se insiste: «En línea con los objetivos de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible se debería avanzar en la articulación de políticas que propicien los procesos migratorios circulares, de forma que tanto los países emisores como los de acogida se beneficien de la movilidad internacional de las personas, así como en la reducción de los costes de transac-

ción de las remesas que envían los trabajadores inmigrantes a sus países de origen».

La respuesta a este fenómeno difícilmente puede provenir de soluciones nacionales, pues el problema globalizado de la inmigración debe de abordarse de una manera conjunta y respetuosa con los derechos fundamentales. Sin embargo, el dilema se ha complicado cuando dentro de una zona de libre circulación de personas y trabajadores, aparecen abolidas las fronteras interiores, al tiempo que los Estados miembros hacen suyas las competencias en materia de autorización de entrada, permanencia y trabajo de personas de terceros países.

En materia de protección social la cuestión se ha complica aún más debido a que convergen dos realidades paralelas que no acaban de encontrarse, o sea, el principio de igualdad de los derechos sociales entre nacionales y extranjeros con el respeto a un derecho al trabajo decente. A este respecto resulta necesario garantizar una mayor protección de los trabajadores para salvaguardar la libre prestación de servicios en condiciones equitativas, lo que implica eliminar importantes barreras administrativas para el desarrollo efectivo de la libertad de circulación de trabajadores, del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios. Resulta preciso realizar un esfuerzo en pro a una coordinación global de los sistemas de Seguridad Social (en lugar de la coordinación) para así responder a las necesidades de los trabajadores y las empresas, fundamentalmente en el acceso efectivo a la protección social de los trabajadores de las «nuevas formas de empleo» y del «empleo atípico». Empero, la solución ha de pasar igualmente por el impulso y la elaboración de unas políticas efectivas de inmigración común a todos los Estados europeos que eliminen esas divergencias y rechazos que en materia de integración, asilo y refugio se han creado en los últimos años. El gran reto del colectivo comunitario es el respeto a los derechos humanos y fundamentales, sin que ello suponga un límite para la desmercantilización y la protección social de todos los ciudadanos. En conclusión, se trata de alcanzar un derecho a la ciudadanía inclusiva y una mayor solidaridad entre los países implicados, de conformidad con lo previsto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Otro de los aspectos básicos para la gestión eficaz de los flujos migratorios en la Unión Europea ha sido el desafío de la integración social. Precisamente, en esta materia, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se conforma como un referente básico para la garantía de los derechos de los ciudadanos de terceros países, dado que la mayor parte de sus disposiciones son aplicables independientemente de la nacionalidad de las personas. Igualmente, se han aprobado varias disposiciones sobre nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro y deseen trabajar en un Estado miembro diferente, entre las que destaca: la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar, la Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, así como la Directiva relativa a la solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legal-

mente en un Estado miembro. Todas ellas constituyen clave para la consecución de la integración social de las personas migrantes, de ahí que entre las propuestas que figuran a nivel europeo para la consecución de este objetivo aparezcan las siguientes: «... el empleo como parte fundamental del proceso de integración y esencial para la participación de las personas extranjeras en la sociedad de acogida; la educación como elemento esencial en la lucha contra la discriminación y la exclusión social; el diálogo intercultural como instrumento importante para promover la integración de personas procedentes de otros orígenes, culturas y religiones y la importancia de incorporar los temas de integración en todos los ámbitos de actuación pertinentes, con la cooperación y coordinación de las distintas Administraciones implicadas»⁴⁵⁵. Ahora bien, en tanto no se avance hacia una política comunitaria común y comprometida con la garantía de los derechos humanos, la regulación de la protección social de los inmigrantes quedará abocada al fracaso. En este sentido, unas de las principales trabas que dificultan el logro de estos ambiciosos objetivos radica en el acceso y permanencia en el empleo de los nacionales de terceros países, materias que siguen siendo competencias propias de los Estados miembros, al igual que los procedimientos de concesión y los distintos tipos de autorizaciones para el trabajo.

El fenómeno de la inmigración en España ha venido transformado profundamente, desde finales del siglo XX, los perfiles de la sociedad española. De un lado, se observa un incremento notable de la población de origen extranjero, pero, de otro, crece de manera imparable el nivel de multiculturalidad, al tiempo que hacen su presencia elementos de rechazo y exclusión poblacional. Esto último es debido a que la sociedad española aún no está preparada para el cambio cultural. Aparte, la vigente ley de extranjería (LOEXIs) tampoco responde al candente enigma de la inmigración, puesto que no fomenta la integración de inmigrantes sino, más bien, la desigualdad social, la precariedad y el abuso. Se observa cómo, desde el año 2009, las políticas migratorias en España se han ido endureciendo con el fin de frenar la entrada masiva de inmigrantes y el crecimiento de los niveles de desempleo (que tanto hacen tambalear las bases para el mantenimiento de un sistema solidario y protector de Seguridad Social).

El acceso efectivo al trabajo se erige en clave fundamental para la integración e inclusión social de los extranjeros en España. El principio de ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo, constituye uno de los pilares de la política migratoria en España (artículo 2 bis de la LOEXIs) de forma que los extranjeros residentes legalmente tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de Seguridad Social, de acuerdo con la legislación vigente (artículo 10 de la LOEXIs).

La teoría dista mucho de la práctica, de ahí que a pesar de los objetivos que con carácter programático se consagran a nivel comunitario e internacional para el acceso a un trabajo decente, lo cierto es que en España los inmigrantes irre-

455. Informe CES 2/2014: «La inmigración y el mercado de trabajo en España».

gulares son los que más se ven abocados a cubrir puesto de trabajo poco cualificados y valorados (se tratan de trabajos con bajas retribuciones, mayor temporalidad, jornadas incompatibles con el desarrollo de una vida social y familiar, con carencia de derechos en materia de Seguridad Social...etcétera). Indudablemente, en torno a este grupo se han consolidado una serie de prejuicios, estereotipos y factores que los sitúa en una posición de extrema pobreza y trabajo invisible. En efecto, el factor étnico está obstaculizando cada vez la integración laboral de estas personas, al tiempo que los convierte en ciudadanos de segunda clase (e incluso, tercera clase) y, por tanto, carentes de derechos fundamentales.

En este contexto, la LOEXIs se muestra impasible pues en lugar de frenar la contratación fraudulenta y precaria de inmigrantes, ataca a esta importante porción poblacional al excluirla (entre otros temas) del disfrute de las prestaciones por desempleo. Y ello es porque ante unos sistemas ineficaces de políticas de empleo, de migración y de protección social, el legislador inclina la balanza hacia el mantenimiento de las arcas públicas antes que en la garantía de unas condiciones dignas.

Realmente, el barco que sostienen al sistema de Seguridad Social se encuentra cada vez más debilitado debido al daño que el huracán de la economía sumergida está causando en todos los sectores que se encuentran legalmente constituidos. Deplorable es, quizás, el término que mejor define la situación de todas aquellas personas que se ven abocadas a vivir en una espiral de pobreza y trabajo irregular a la espera de un empleo digno, moviéndose así en un terreno movedizo entre la legalidad y el fraude al sistema de Seguridad Social. Y es que, a día de hoy, el empleo sumergido y el fraude constituyen elementos centrales que inciden en la crisis de financiación del sistema de Seguridad Social y, en particular, de protección de las prestaciones por desempleo.

Algunas de las propuestas que, en el marco de las políticas migratorias y de protección social, podrían mejorar esta situación son las siguientes:

- Controlar el empleo que se desarrolla en el ámbito privado y familiar (principalmente ocupado por la población inmigrante e irregular) como una actividad decente y visible. El empleo doméstico y de cuidado de personas dependientes se trata de una necesidad social que, hoy día, se sigue reclamando. Por lo que mientras perdure la necesidad seguirán existiendo estas actividades. Por ello no cabe abolir estas laborales (como ya se ha defendido por parte de algunas asociaciones y grupos organizados), sino de reconocer el valor que merece el trabajo que prestan los empleados al servicio doméstico y al cuidado de personas dependientes, evitando así encasillar a éstos como una función de carácter marginal y/o residual que sólo prestan colectivos de segunda o tercera clase.
- Incrementar el control público para mejorar la adecuación de la contratación de estos trabajadores a la normativa laboral y, por tanto, a la misma noción de trabajo decente haría aumentar —sin lugar a dudas— los niveles de cotización al sistema de Seguridad Social, al tiempo que se evitaría

la precariedad laboral y la economía sumergida. Por todo ello, el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social será muy relevante en este punto. Se precisa de un mayor intervencionismo público, ahora bien el control debe estar al servicio de la tutela del trabajador y no en su contra. La situación es preocupante y no parece que ello haga reaccionar al legislativo a efectos de mantener o, por lo menos, elevar el número de afiliados a la Seguridad Social. Lamentablemente muchos trabajadores al servicio del hogar familiar tienen miedo a denunciar su situación de precariedad, de ahí que se acrecienten las situaciones de abuso, precariedad y acoso.

- Eliminar los límites y prohibiciones que para el acceso a las prestaciones por desempleo se han creado, a partir del año 2008, para los inmigrantes irregulares que han contribuido al sistema de Seguridad Social. Resulta bastante criticable que la reforma de la legislación migratoria siga poniendo el acento en las «necesidades reales de nuestro mercado de trabajo», al abandonar esa idea base que motiva el nacimiento de la LOEXI, esto es, la integración de las personas inmigrantes. El desempleo constituye una magnífica fórmula que no sólo cumple con los cometidos de política migratoria «ideal» y de políticas de empleo propias de todo Estado de Bienestar Social, sino que es más, permite hacer justicia a los principios mismos que determinan el surgimiento del sistema de Seguridad Social y, por ende, de la protección de todos los «ciudadanos» frente a las situaciones de necesidad (Seguridad Social «universal» —todas las personas sin apego a «territorio, ni banderas»—).
- Al hilo de las conclusiones efectuadas en el Capítulo I de este trabajo, se precisa implantar un sistema de rentas básicas que afronte la continuidad de las rentas, en períodos transicionales, para así garantizar el derecho a una existencia digna de todas las personas en riesgo de exclusión social. Se apuesta así por la fijación de un sistema garantista y de satisfacción de las necesidades fundamentales del individuo en tanto éste encuentra el trabajo-empleo deseado, para lo cual resultará esencial el papel que efectúen los servicios públicos de empleo a fin de promover la inclusión laboral de todos aquellos inmigrantes irregulares. No obstante, para que pueda operar ésta última medida, primero habrá de superarse los límites que a la nacionalidad se imponen por la LOEXI y la doctrina del Tribunal Supremo.

Otra de las materias preocupantes son las prestaciones por dependencia. El surgimiento y despliegue del sistema de atención a la dependencia no ha satisfecho toda la demanda de cuidados a las personas que genera la sociedad debido a su enfoque restrictivo hacia la atención a las personas baremadas como dependientes, en general personas de edad avanzada y personas con discapacidad. Por otra parte, porque su alcance es todavía limitado y sigue siendo preponderante la prestación económica para la atención en el entorno familiar por encima de los cuidados institucionalizados, lo cierto es que las prestaciones de

servicios deberían ser superiores a las económicas (tal y como preconiza la Ley 39/2006 de «Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia»).

Pese a que las estadísticas reflejan un reciente aumento en las prestaciones de servicios, en la praxis los resultados no han sido tan notable como se esperaba (ambas prestaciones están casi al mismo nivel). Por ello debería invertirse económicamente más en este ámbito. En este punto, la LAAD adolece de una grave falta de realismo jurídico que dudo que pueda corregirse a corto plazo, pues la ley no tiene en cuenta (de manera suficiente) que el recorte en gastos no cambia el modelo de cuidado familiar por el profesional. Resulta, ciertamente, muy difícil desplazar ese modelo, salvo en los casos de dependencia más grave o severa, en los que ineludiblemente se habrá de recurrir a una intervención profesional.

La atención a este colectivo se convierte en un reto importante para los poderes públicos (promotores), quienes precisan de una respuesta legislativa firme, sólida y adaptada al modelo social. Aparece una nueva cuestión social y una crisis del sistema clásico de protección social (agotamiento del sistema de riesgos) que provoca una nueva organización del principio de solidaridad, en consonancia con el de responsabilidad. En donde nunca se debe olvidar la finalidad de esta nueva dimensión social consiste en «la protección pluricausal de las distintas situaciones de dependencia a través de un modelo de solidaridad nacional de tipo universal».

Sin embargo, la evolución del sistema de autonomía y atención a las personas dependientes ha estado muy condicionada por la grave situación de crisis económica y el objetivo de reducción de déficit público que provoca el Real Decreto Ley 20/2012 y que tanto hizo temblar sus mismos cimientos. De ahí que este modelo tropiece con los siguientes obstáculos: A) Una red pública de servicios sociales muy desigual a nivel territorial (entre CCAA) que pone en dudas la eficiencia y calidad de los servicios que se prestan. A lo que hay que sumar la falta de suficiencia para atender a todos los estados de necesidad, de ahí que la LAAD permita la entrada de los centros gestionados por sujetos privados debidamente acreditados (concertados o no concertados). B) Unas altas tasas o listas de dependientes en espera debido a los retrasos en la concesión de estas prestaciones, llegando algunas personas a fallecer antes de haber sido beneficiarias del sistema. Siendo el legislador consciente de esta situación debería evitar situaciones de indefensión, reducción en los plazos, simplicación del procedimiento y previsión de mecanismos de responsabilidad para la Administraciones Públicas incumplidora de los plazos previstos. Todo esto pone de manifiesta la incapacidad del sistema para dar cobertura a estas situaciones de grave desamparo, sobre todo cuando el hogar familiar carece de recursos económicos. Y, C) Se debe dignificar, visibilizar y profesionalizar el trabajo de los llamados cuidadores informales, principalmente desarrollado por mujeres inmigrantes en situación irregular. Ciertamente, se ha dado un enorme paso gracias al Real Decreto Ley 6/2019 —para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y ocupación— al posibilitar que el cuidador

informal pueda suscribir un convenio especial con el sistema de Seguridad Social. De modo que, las cotizaciones sociales de estos convenios, incluidos los que ya estaban en vigor, corren ahora a cargo de la Administración General del Estado y no generan coste alguno al cuidador no profesional. En el contexto actual resulta aplaudida esta medida, aunque también algo insuficiente debido a que —en la realidad— muchos de estos trabajadores se encuentran desarrollando su actividad bajo el manto de la economía sumergida o, en el mejor de los casos, de forma fraudulenta como empleados del hogar (en donde recordemos se excluye el disfrute de las prestaciones por desempleo).

Al hilo de ésta última idea resulta urgente aumentar las cuantías de las pensiones de jubilación, pues lo cierto es que muchos de los beneficiarios de estos servicios no pueden pagar dignamente los servicios de los cuidadores informales. Los tímidos y sutiles aumentos que en la cuantía experimenta el legislador español no se corresponden con el nivel de vida que hoy día se impone, pero tampoco hace justicia a la finalidad misma del sistema de Seguridad Social. Por ello hay que relacionar trabajo decente con jubilación a fin de que la norma cumpla con los cometidos de protección social y garantía de la dignidad. La acción protectora del sistema de Seguridad Social no puede ser empleada como arma arrojadiza para hacer aflojar las deficiencias en la regulación de las relaciones individuales y vicisitudes de la vida laboral del ahora pensionista (disfrute de contratos a tiempo parcial, temporalidad, precariedad, bajos salarios, largos periodos de paro o desempleo, expulsión temprana del mercado de trabajo... etcétera). Aparte, cabe tener presente que la inmigración produce un efecto equilibrador en relación con la sostenibilidad financiera del sistema español de pensiones de reparto. Así es, mientras que los trabajadores extranjeros contribuyen a través de la afiliación al aumento de los ingresos por cotizaciones, por su parte los residentes foráneos apenas se benefician (siquiera marginalmente) del gasto de pensiones.

El campo de protección de las prestaciones por dependencia ha aumentado en los últimos tiempos debido al progresivo envejecimiento de la población y al aumento de las necesidades sociales. En este sentido, se trata de proteger la situación en la que una persona no pueda valerse por sí mismo para desarrollar una vida normal, careciendo de autonomía personal, razones por las que requiere del apoyo, la ayuda de otra u otras personas. Sin embargo, por otra parte, no debemos descuidar la protección de los trabajadores que de manera informal cubren esas necesidades.

A nivel Comunitario el 21 de junio de 2018, el Consejo ha acordado negociar (con carácter general) su posición para la coordinación de los sistemas de seguridad social (revisión de los Reglamentos n.º 883/2004 y n.º 987/2009). La revisión de los reglamentos relativos a la coordinación de los sistemas de seguridad social tiene por objeto modernizar las normas adecuándolas a la evolución de los sistemas nacionales de seguridad social, hacerlas más claras y más justas, y simplificar el control de su cumplimiento. Con ello se facilitará la libre circulación de las personas dentro de la UE. En particular, en materia de dependencia el proyecto de Reglamento modificador refleja las consecuencias del envejeci-

miento de la población y el papel cada vez más importante que desempeñan las prestaciones por cuidados de larga duración en los sistemas nacionales de seguridad social. A fin de aumentar la seguridad jurídica, aclara las normas con arreglo a las cuales deben coordinarse las prestaciones por cuidados de larga duración. Contar con un régimen estable para la coordinación de las prestaciones por cuidados de larga duración contribuirá a facilitar la movilidad de las personas que necesitan estos cuidados y de sus cuidadores.

Otro tema de suma importancia y conflictividad es el relativo a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes. El acceso de éstos a los servicios de salud se encuentra condicionado por la configuración legal del derecho a la atención sanitaria de carácter público, que ha experimentado cambios significativos en los últimos años, con ampliaciones y restricciones sucesivas desde que la LOEXIS extendiera el derecho a todos los extranjeros independientemente de su situación administrativa. El Real Decreto-ley 16/2012, introdujo una importante limitación del derecho a la atención sanitaria de los extranjeros sin autorización de residencia, limitación que en muchos casos fue sorteada con las medidas tomadas por las distintas Administraciones autonómicas. En cualquier caso, la aprobación del Real Decreto-ley 7/2018 recupera el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros residentes en España en situación de estancia irregular. Con todo, algunas necesidades de atención no encuentran respuesta suficiente a través del circuito público, es por ello que la población extranjera se halle en una posición de clara desventaja con respecto a la autóctona. Efectivamente el acceso a algunos tratamientos sanitarios resulta limitado por lo que, al final, se condiciona el estado de salud (en general) de las personas inmigrantes a la disponibilidad de recursos económicos.

Al igual que ocurre con la población autóctona en situación de vulnerabilidad económica, buena parte de la población extranjera está más expuesta a los inconvenientes de las listas de espera en el sistema nacional de salud, la demora en la atención de médicos especialistas, el retraso en las intervenciones quirúrgicas... etcétera. La fuga de profesionales médicos especializados y los recortes en sanidad reflejan la incapacidad del sistema para hacer frente a las situaciones de necesidad más urgentes de la población española, de ahí que se colapsen inevitablemente las visitas a los médicos de atención primaria. Recuérdese que, en torno al tema de la asistencia sanitaria transfronteriza, ya se habían planteado ciertas dudas de legitimidad debido a que conforme a lo establecido por la Directiva Comunitaria (sobre Asistencia Sanitaria Transfronteriza en la Unión Europea) únicamente puedan acceder a esta posibilidad prestacional aquellos pacientes con recursos económicos suficientes como para adelantar los costes del tratamiento bajo unas determinadas condiciones y, en el caso de algunos tratamientos, bajo un requisito de autorización previa. Verdaderamente, como ya venía indicando la Comisión Europea (informe emitido a fecha de 2 de abril de 2018), ello está generando un efecto disuasivo respecto de aquellos ciudadanos con menos recursos económicos, lo cual atenta gravemente contra el derecho a la libre circulación de personas en la UE y, por ende, el concepto de ciudadanía inclusiva e igualdad de trato.

Aparte, el sistema de aportación económica que realizan los usuarios para algunas prestaciones del sistema nacional de salud (como son las farmacéuticas o la ortoprotésicas) puede llevar a los hogares más vulnerables a renunciar a los tratamientos prescritos o, en el mejor de los casos, a la discontinuidad en su seguimiento a causa de su falta de capacidad para asumir los copagos sanitarios⁴⁵⁶. Lo que da lugar a la agudización de patologías y al mayor recurso a prestaciones con un coste unitario más elevado.

Tras la arrolladora sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019, con número de recurso 1068/2018, los extranjeros en situación regular quedan excluidos del derecho a la asistencia sanitaria. Algo que resulta inaudito y contrario a la configuración de la salud como derecho humano universal, toda vez que este derecho se atribuye a toda persona, con independencia de su situación legal o ilegal. Es decir, que mientras que un inmigrante irregular tendrá acceso a la protección de la salud, aun cuando no disponga o se le haya denegado un seguro privado, por contra aquellos extranjeros que cumplan con todos los requisitos legales serán excluidos. En este sentido, no se entiende como al tratarse de un inmigrante con residencia legal se entra ahora a valorar la condición de asegurado. Ello provoca una grave discriminación entre inmigrantes en razón de su condición administrativa y situación económica que resulta contraria a la normativa internacional y comunitaria (a saber: la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Social Europea y el Convenio número 97 de la Organización Internacional del Trabajo).

A la salud habrá de otorgársele el «más alto nivel posible», por ello resulta imprescindible y urgente la eliminación de esa distinción que en el acceso a la asistencia universal —entre inmigrantes regulares e irregulares— ha creado el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de mayo de 2019. De lo contrario, el panorama iuslaboral español se irá acercando peligrosamente a la legislación de algunos Estados miembros en donde sí se han impuesto limitaciones graves y flagrantes a los derechos humanos y fundamentales de toda persona.

En definitiva, se camina así hacia una clara «involución» en el modelo normativo regulador de las migraciones gracias a los tímidos, modestos y contradictorios pasos que desde el ámbito comunitario se están dando hacia el establecimiento de unas políticas de normalización, integración social y jurídica de personas inmigrantes. La política migratoria no puede quedar reducida únicamente a la gestión de los controles en las fronteras y al requisito de nacionalidad. A este respecto resulta llamativa la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2020, en virtud de la cual se endurecen las políticas migratorias y de asilo en Europa al considerar que los inmigrantes pierden cualquiera de sus derechos fundamentales en el momento en que no emplean los procedimientos legales de entrada en el territorio nacional. Cierta-

⁴⁵⁶. Informe del CES 2/2019: «La inmigración en España: efectos y oportunidades», Madrid, NICES: 771-2019.

mente aunque esta sentencia rompe con el «principio de no devolución y el derecho de asilo» y, por lo tanto, con el respeto a los derechos fundamentales que se protegen a través del derecho internacional, la Comisión Europea —por su parte— ha respaldado este fallo. En efecto, sin estupor, ni sorpresa, la Comisión Europea considera lógico y compatible con la actual legislación comunitaria las devoluciones inmediatas de los dos inmigrantes subsaharianos que saltaron la valla de Melilla en 2014. Por lo que, se da preferencia a la perspectiva punitiva antes que al respeto de los derechos fundamentales que le corresponden a toda persona y que se protegen por vía del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Desde la Unión Europea, pero también a nivel nacional resulta necesario una apuesta firme por la diversidad y la solidaridad interregional como elemento de refuerzo de la cohesión social y de política común migratoria. Los cambios sociales y económicos derivados del fenómeno de la inmigración en España necesitan de la articulación de políticas de carácter integral apoyadas en el más alto nivel de consenso y que favorezca el desarrollo efectivo de los derechos fundamentales de las personas inmigrantes. La involución del sistema de protección social y su relación con los deficientes mecanismos de política migratoria actúan como vasos comunicantes de una realidad, cada vez más deficiente, por lo que habrá ahora que centrar todos los esfuerzos en la construcción de un modelo más garantista. No cabe simplificar o reconducir los mecanismos de protección social a un balance de costes y beneficios, sino que resulta necesario hacer primar las necesidades sociales para la garantía plena de la dignidad humana. Por todo ello, deben de relacionarse el concepto de migración con el de ciudadanía inclusiva a fin de desvincular la condición de «nacionalidad» con el requisito excluyente de la titularidad de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAM ROMERO, M.: «Capítulo V. El derecho a la familia y la inmigración irregular en España», VV.AA., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2009.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 63, 2006.
- AJA, E.: «Capítulo 1. La evolución normativa sobre la inmigración», en VV.AA., AJA, E. Y ARANGO, J. (Coords.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2005)*, Madrid, Anuario de Inmigración en España, 2005.
- ALEMÁN BRACHO, C.: «Los servicios sociales en la democracia» en *Fundamentos de servicios sociales*, VV.AA., ALEMÁN BRACHO, C. (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «Servicios sociales» en *Enciclopedia laboral básica «Alfredo Montoya Melgar»*, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (Dir. y Coord), Aranzadi, Madrid, 2012.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. Y PLAZA ANGULO, J.J.: «El desempleo en su modalidad de pago único como ayuda a nuevos emprendedores», *Temas Laborales*, n.º 95, 2008.
- AMAADACHOU KADDUR, F.: «La prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho pero no de derecho?», *Temas Laborales*, n.º 110, 2011.
- APARICIO TOVAR, J.: «El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a. N. (Dirs..), *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Granada, Comares, 2002.
- ARZOLA ASTACIO, H.L.: «Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros», *Revista Gabilex*, n.º 11, 2017.

- BAVIERA PUIG, I: *La protección de la dependencia: un estudio global: claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2007.
- BURGOS GOYÉ, M^a.C.: «La falacia del derecho a la prestación por la contingencia de desempleo de los trabajadores transfronterizos no comunitarios extranjeros en España», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 44, 2017.
- BURGOS GOYÉ, M^a.C.: «Trabajadores transfronterizos y prestación transnacional de servicios», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Dirs.), *Comentario Sistemático al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, Comares, 2012.
- CABEZA PEREIRO, J.: «El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: Primeras notas», *Actualidad Laboral*, n.º 21, 2008.
- «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras», *Actualidad Laboral*, n.º 3, 2008.
- *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, Murcia, Laborum, 2015.
- CABRERA MARTÍN, M.: «Crónica jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mayo-agosto 2016», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 55, 2016.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Protección por desempleo e inserción laboral: balance provisional de los programas de renta activa de inserción 2000/2003», *Aranzadi Social*, Tomo V/2003.
- CEINOS SUÁREZ, Á.: «Artículo 16. Derecho a la intimidad familiar», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Dirs. y Coords.), *Comentario a la Ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, Comares, 2012.
- CEINOS SUÁREZ, A.: *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 2006.
- CHARRO BAENA, P.: «Capítulo 2. El servicio del hogar familiar. Una visión desde la legislación y la doctrina judicial españolas», en VV.AA., CHARRO BAENA, P.; ESPINOZA ESCOBAR, J.H. y LILIANA SILVA DE ROA, A. (Dirs.), *El Derecho del Trabajo y los colectivos vulnerables. Un estudio desde las dos orillas*. Madrid. Dykinson S.L., 2017.
- CHARRO BAENA, P.: «Derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero residente que carece de autorización de trabajo», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2009.
- «El derecho a la Seguridad Social de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Dirs. y Coords.), *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho*, Granada, Comares, 2016.
- «El trabajo de los extranjeros en España: Una lectura desde el ordenamiento laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 63, 2006.

- «Migrantes (I): Política de empleo y política de inmigración», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dir. y Coords.), *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e Institucional*, Navarra, Aranzadi, 2016.
- «Retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: La capitalización del desempleo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 105, 2013.
- «Titularidad del derecho» en *Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia. ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia y normas autonómicas*, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V. y CHARRO BAENA, P., Thomson-Civitas, Navarra, 2008.
- DE LA CASA QUESADA, S.: «La inserción laboral de los inmigrantes», en VV.AA., MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.), *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 2004.
- «Trabajo decente y garantía de una renta mínima de inserción», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y DE VAL TENA, Á. (DIRS.) y LÓPEZ INSUA, B.M. (Coord.), *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.
- *La protección por desempleo en España. Configuración y régimen jurídico*, Granada, Comares, 2008.
- DE LA VILLA DE LA SERNA, D.: «Medidas de fomento de la retro-inmigración. Comentario al real decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre y sus normas complementarias», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 18, 2008.
- DE LA VILLA GIL, L.E.: «Asistencia social» en *Enciclopedia laboral básica «Alfredo Montoya Melgar»*, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y AGUILERA IZQUIERDO, R. (Dir. y Coord), Aranzadi, Madrid, 2012.
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: «El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril», *Revista REDP*, núm 163, 2014.
- DÍAZ AZNARTE, M.T.: «El trabajador extranjero en situación administrativa irregular», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. (DIR.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Coords.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares, 2010.
- DURÁN BERNARDINO, M.: *La protección de las personas en situación de dependencia: balance y perspectivas de su régimen jurídico-político*, Granada, Comares, 2015.
- DURAND, P.: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
- DURBÁN MARTÍN, I.: «La (dudosa) inconstitucionalidad de la sanidad universal valenciana», en su blog: <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5185>
- ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Edición al cuidado de Monereo Pérez, J.L., Comares, Granada, 2001.

- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «Los “renglones torcidos” de la política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 31, 2012.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: «Los trabajadores extracomunitarios ante el sistema español de protección por desempleo», *Aranzadi Social*, n.º 10, 2003.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «La protección social de los extranjeros en España», *Aranzadi Social*, Tomo V, 2011.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A.: «El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros», *Revista Derecho y Conocimiento*, Vol. 1, 2002.
- FRATEA, C.: «La protección de los migrantes internacionales a la luz de los más recientes desarrollos de la Directiva sobre el Derecho a la reagrupación familiar», en VV.AA., ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y PETIT DE GABRIEL, E.W., *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.
- GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C.: «Brexit y Tribunal de Justicia “cualquier tiempo pasado fue mejor”. El asunto C-308/14, Comisión contra Reino Unido», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 11, 2017.
- GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C.: «El derecho de dependencia de la Unión Europea: incidencias del derecho Comunitario en el seguro social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 77, 2008.
- GARCÍA LÓPEZ, M^a.E.: *El Derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros países*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2012.
- GARCÍA MURCIA, J. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: «Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social a una regulación específica», *Foro-Nueva época*, vol. 17, núm. 1, 2014.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Desempleo», VV.AA.: *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «Extranjeros en situación irregular y responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social. Cambios jurisprudenciales», *Justicia Laboral*, n.º 16, 2003.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S.: «Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar», *Anuario Da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 7 de 2003.
- GARCÍA VIÑAS, J.: «Capítulo IV. La denegación del desempleo al trabajador extranjero sin permiso de residencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 2008», en VV.AA., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2009.
- GIRÁLDEZ MÉNDEZ, R.: «El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros en situación irregular. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008», *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 18, n.º 2, 2009.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: «La autorización de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 63, 2006.

- GÓMEZ ÁLVAREZ, T. y GARCÍA SAN JOSÉ, D.: «Los Derechos Sociales y Sindicales en el nuevo régimen jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: Un análisis crítico», *Revista Trabajo y Seguridad Social*, n.º 228, 2002.
- GÓMEZ ZAMORA, L.J.: «Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud», *Revista Gabilix*, n.º 15, 2018.
- GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: «Las prestaciones económicas para situaciones de dependencia en el ordenamiento jurídico español» en *La protección jurídica de las situaciones de dependencia*, Comares, Granada, 2007.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes», en VV.AA., GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Coord.), *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- GORTÁZAR ROTAECHE, C.J.: «Identity, Member States Nationality and EU Citizenship: Restitution of Former European Nationals v. Naturalisation of New European Residents», en *The Reconceptualisation of European Union Citizenship*, Leiden, Brill Nijhoff, 2013.
- GORTÁZAR ROTAECHE, C.J.: «Identity, Member States Nationality and EU Citizenship: Restitution of Former European Nationals v. Naturalisation of New European Residents», en *The Reconceptualisation of European Union Citizenship*, Leiden, Brill Nijhoff, 2013.
- GRANADOS ROMERA, M^a.I.: «Trabajadores extranjeros, servicios y asistencia social», en *Protección jurídica-social de los trabajadores extranjeros*, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Coords.), Comares, Granada 2010.
- GREEN PAPER on the right to family reunification of third-country nationals living in the European Union (Directive 2003/86/EC)*, publicado en COM (2011) 735 final, 15 November 2011.
- GUINDO MORALES, S.: «El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares», en Asociación Española de Salud y Seguridad Social: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016.
- GUTIÉRREZ NOGALES, S.D.: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de regrupación familiar de los menores y el interés superior del menor», *ReDCE* núm. 26. Julio-Diciembre de 2016.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C.: «Derecho de asilo», en VV.AA.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), Comares, Granada, 2012.
- LA SPINA, E.: «Diferentes pautas interpretativas para la admisión de familiares extranjeros en la jurisdiccional regional europea», *Revista de Estudios Jurídicos* n.º 14/2014 (Segunda Época).

- LÓPEZ CUMBRE, L.: «Seguridad Social tras el Brexit», *Análisis Gómez-Acebo y Pombo*, septiembre de 2016.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: «La determinación de las prestaciones por invalidez, vejez y supervivencia en el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social» *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. I, N.º 2, 2016.
- «Asistencia sanitaria transfronteriza: puntos críticos», VV.AA., *Los retos de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016.
- «El fraude en las prestaciones por desempleo», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 3, 2º Trimestre de 2015.
- «El modelo de regulación de la inmigración en Italia en el contexto de la Unión Europea», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 3, N.º 22 de 2011.
- «La lucha contra la precarización en el empleo desde la perspectiva de la Seguridad Social: desempleo o supervivencia en un contexto de crisis “económica” y “social”», *Revista IUSLabor*, n.º 1, 2016.
- «La protección frente al desempleo de las personas emigrantes de la Unión Europea» en VV.AA., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Dir.) y DURÁN BERNARDINO, M. (Coord.), *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Navarra, Aranzadi, 2017.
- «La renta activa de inserción como instrumento de lucha contra la exclusión social», en VV.AA., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)*, Murcia, Laborum, 2015.
- «La Seguridad Social de los trabajadores migrantes», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., TULIO BARROSO, F. y LAS HERAS, H. (Dirs.); MALDONADO MOLINA, J.A. y MORENO VIDA, M^a.N. (Coords.), *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Murcia, Laborum, 2018.
- «Límites y restricciones a la protección de la salud de los inmigrantes reagrupados en España», *REDMEX* n.º 53, julio de 2019.
- «Migraciones y trabajo invisible tienen nombre de mujer», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, num. 205, 2018.
- *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.
- MALDONADO MOLINA, J.A.: «La protección de la dependencia en la Seguridad Social Comunitaria», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 319, 2011.
- «La protección de los migrantes-dependientes», *Documentación Administrativa*, n.º 276-277, 2006-2007.
- «Capítulo 8. Trabajo decente y cuidadores de personas dependientes», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y DE VAL TENA, Á. (Dirs.) y LÓPEZ INSUA, B.M. (Coord.), *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.
- «Capítulo. 3. La Seguridad Social de los inmigrantes», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), RODRÍGUEZ INIESTA, G., MALDONADO MOLINA, J.A. y DE

- VAL TENA, L.A. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo II, Murcia, Laborum, 2017.
- «El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnico-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjero», en AA.VV, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Coord.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares, 2010.
- «La coordinación de los cuidados de larga duración en la Unión Europea: la independencia de la dependencia», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 49, 2018.
- «Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria», en MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a.N.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007.
- «Pago anticipado del desempleo a los inmigrantes: ¿Fomento de empleo o del retorno?», en VV.AA., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y MORENO VIDA, M^a.N. (Dir.); ORTEGA PÉREZ, N., GUILLÉN LÓPEZ, E., DURÁN RUÍZ, F.J. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Coord.), *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Granada, Comares, 2011.
- MÁRQUEZ PRIETO, A.: «La problemática extensión de las prestaciones españolas no contributivas a los ciudadanos del Magreb», en VV.AA., *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas: IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 1999.
- MÁRQUEZ PRIETO, A.: *La protección por desempleo en España y otros Estados europeos*, Madrid, Ministerio de trabajo e Inmigración, 2001.
- MARTÍN VILLEGAS, A.: «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar», *Revista Aequalitas*, n.º 38, 2016.
- MARTÍNEZ-ABASCAL, V.A.: «Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^aN. (Coords.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008.
- MERCADER UGUINA, J.R.: «La protección social de los trabajadores extranjeros» en VV.AA., *Derechos y libertades de los extranjeros: XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, Ministerio de Trabajo, 2001.
- MOLINA NAVARRETE, C.: «Inmigración, empleo y mercado de trabajo: La inmigración económica extranjera en tiempos de crisis», VV.AA., MAROTO JIMÉNEZ, F. (Coord.), *La inmigración a Europa: Hacia un nuevo futuro*, Jaén, Litteralia, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «El derecho a la Seguridad Social y a la ayuda social», en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007.

- «¿Es la salud un derecho social fundamental? Elementos de fundamentación», en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016.
- «Artículo 53. Nivel de protección», en VV.AA., MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- «Capítulo V. El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques», en VV.AA., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)*, Murcia, Laborum, 2015.
- «El derecho a la Seguridad Social», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a.N. (Dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- «El modelo de protección por desempleo: configuración técnica y orientaciones de la reforma», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a.N., *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008.
- «El modelo de protección social de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social», *Documentación Administrativa*, n.º . 276-277, 2007. <https://doi.org/10.24965/da.v0i276-277.9540>.
- «La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, N.º 5-6, 2010.
- «La salud como derecho humano fundamental», *Relaciones Laborales*, n.º . 9, 2014.
- «Las políticas activas de empleo. Derecho al trabajo y políticas activas de empleo en el marco de la política de empleo», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dirs. Y Coords.), *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e Institucional*, Navarra, Aranzadi, 2016.
- «Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 34, 2013.
- «Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 41, 2016.
- «Pilar Europeo de derechos sociales y sistemas de Seguridad Social», *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, Vol. 8. Núm. 2 de 2018.
- «Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George», *Documentación Laboral*, n.º 83, 2008.
- «Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (II). Desempleo y políticas de activación e inserción», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.;

- GORELLI HERNÁNDEZ, J. y DE VAL TENA, Á. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B.M. (Coord.), *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.
- «El derecho a la Seguridad Social» (art. 41 CE), en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a.N. (Dir.), Comares, Granada, 2001.
 - *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.
 - «Protección de la salud», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.) *et al: La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012. MONEREO PÉREZ, J.L.: «Derecho a la salud», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.) *et al: El sistema Universal de los Derechos Humanos*, Granada, Comares, 2014.
 - *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
 - *La protección de los derechos fundamentales. El modelo Europeo*, Granada, Comares, 2009.
 - *La renta mínima garantizada. De la renta mínima a la renta básica*, Albacete, Bomarzo, 2018.
 - «La garantía jurídica del derecho social fundamental a la salud y la asistencia sanitaria», en VV.AA.: *La protección social de la salud en el marco del estado del bienestar. Una visión nacional e europea*, MORENO VIDA, M.M., DÍAZ AZNARTE, M.T. (Dir.), GIJÓN SÁNCHEZ, M. (Coord.), Granada, Comares, 2019.
 - *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales*, Murcia, Laborum, 2020.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: «La protección de la dependencia desde una perspectiva de género» en *Género y derechos fundamentales*, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C. (Dir. y Coord.), Comares, Granada, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: «La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177, 2015.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: «Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: Comentario jurídico-crítico a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 6, noviembre de 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Un nuevo derecho social de ciudadanía: modelos normativos de “rentas mínimas de inserción” en España y en Europa», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 187/1998.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a.N. (Dir.), *Comentario a la Constitución Socioeconómica de España*, Granada, Comares, 2002.

- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: «El retroceso social en materia sanitaria: la regresión del derecho a la salud avalada por el Tribunal Constitucional (Estudio de las SSTC 134/2017, de 16 de noviembre, 140/2017, de 30 de noviembre y 145/2017, de 14 de diciembre)», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 6 de junio, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: «La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 16, 2018.
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales», en VV.AA.: *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., Comares, Granada, 2012.
- «El modelo de política jurídica de inmigración y mercado de trabajo en España», *Revista de derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 29, 2012.
- «El modelo de protección jurídico- legal del trabajador extranjero. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre», en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Coords.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y VILA TIERNO, F.: «La (des)protección social del trabajador extranjero en situación irregular. La incidencia de las autorizaciones administrativas previas respecto al reconocimiento de la prestación por desempleo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 11, 2017.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; QUESADA SEGURA, R. y MALDONADO MOLINA, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Decimoquinta edición, Madrid, Tecnos, 2019.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a.N.; MALDONADO MOLINA, J.A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a.: *Manual de derecho de dependencia*, Tecnos, Madrid, 2014.
- MONTOYA MELGAR, A.: «El empleo ilegal de inmigrantes», *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 17, 2009.
- MORENO GENÉ, J Y ROMERO BURILLO, A.M^a.: «Mujer, exclusión social y renta activa de inserción. Especial referencia a la protección de las víctimas de violencia de género», *Revista Internacional de Organizaciones*, n.º 3, 2009.
- MORENO VIDA, M^a.N.: «Las transformaciones sociales y tecnológicas y su incidencia en los sistemas nacionales europeos de asistencia sanitaria: apuntes para la reflexión», en VV.AA., MORENO VIDA, M^a.N. y DÍAZ AZNARTE, M^a.T. (Dirs.) y GIJÓN SÁNCHEZ, M^a.T. (Coord.), *La protección social de la salud en el marco del Estado de bienestar. Una visión nacional y europea.*, Granada, Comares, 2019.
- MOYA ESCUDERO, M.: «El Derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería», *La Ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 21, 2000.
- OLARTE ENCABO, S.: «Extranjeros sin permiso de trabajo. Responsabilidad empresarial en orden a prestaciones por contingencias comunes. Especial referencia al desempleo», *Actualidad Laboral*, n.º 13, 2006.

- OROZCO PARDO, G. y OROZCO GONZÁLEZ, M.: «Derecho al respecto a la vida privada y familiar», en VV.AA., MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.
- OROZCO PARDO, G.: «Artículo 7. Respeto a la vida privada y familiar», VV.AA., MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- ORTEGA LOZANO, P.G.: «La responsabilidad patrimonial de la administración por una deficiente asistencia sanitaria», en AA.VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016.
- ORTEGA MARTÍN, E.: *Manual de Derecho de Extranjería*, Madrid, 3ª Ed. Europea de Derecho, 2005.
- PASTOR SELLER, E. y MARTÍNEZ GALLARDO, B.J.: «Análisis de las realidades de los procesos de reagrupación familiar y las respuestas de los servicios sociales municipales», *Acciones e Investigaciones Sociales*, n.º 34, 2014.
- RODRÍGUEZ BAUTISTA, D.: «Las directrices del Derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros en la Unión Europea», VV.AA., UGARTEMENDIA ECEIZABARRERA, J.I. (Dir.), *La Tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Comunidad Autónoma de Euskadi, Instituto Vasco de Administración Pública, 2016.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: «Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de Seguridad Social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», *Actualidad Laboral*, n.º 5, 2009.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La normalización de la Renta Activa de Inserción», *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 3, 2007.
- «La nueva legislación de extranjería e inmigración», *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n.º 10, 2010.
- «Legislación de extranjería y política de inmigración», *Relaciones laborales*, número 20/2000.
- ROJO TORRECILLA, E Y CAMAS RODAS, F.: «Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas», *Temas Laborales*, n.º 104, 2010.
- ROQUETA BUJ, R.: «Las condiciones de trabajo y Seguridad Social de los extranjeros en España», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 10, 2005.
- RUBIO DE MEDINA, M.D.: «Inmigración irregular y protección social en los accidentes de trabajo y en la prestación por desempleo», en VV.AA., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2009.
- RUBIO VELASCO, F.: «Capítulo VIII. La prestación por desempleo de los extranjeros irregulares», en VV.AA., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *La protección por desempleo en España. XII Congre-*

- so Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2015.
- RUIZ CUESTA, M. y MUÑOZ RUIZ, A.B.: «Contrato de trabajo nulo y prestaciones de Seguridad Social», en VV.AA., *Derechos y libertades de los extranjeros: XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santander, Ministerio de Trabajo, 2001.
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M^a.: «La ley Orgánica 4/2000: historia de un desencuentro y razón de su desenfoco jurídico», *Migraciones. Revista del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, n.º 7, 2000.
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M^a.: «Notas sobre el proceso de reforma legislativa en materia de extranjería e inmigración», *Revista Migraciones*, núm. 4, 1998.
- SAGARRA TRIAS, E.: *La Legislación sobre Extranjería e Inmigración: una lectura*, Universidad de Barcelona, 2002.
- SALES JARDÍ, M.: «La protección de la vida familiar de las personas desplazadas, de las demandantes de asilo, de los refugiados y de los apátridas en el derecho Europeo», UNED. *Revista de Derecho Político*, n.º 95, 2016.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A.: «La articulación del derecho de extranjería», en VV.AA., SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A. (Coord.), *Derecho de extranjería: un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (jurisprudencia y formularios)*, Murcia, DM, 2005.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Navarra, Thomson-Reuters. Aranzadi, 2014.
- «Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España», *Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, n.º 1, 2018.
- «Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral», *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 63, 2006.
- «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», en VV.AA., *Migrantes y Derecho*, Murcia, Laborum, 2007.
- «Libre circulación en la Unión Europea y prestaciones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º 10, 2017.
- «Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de Coordinación de regímenes de Seguridad Social», VV. AA., *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Laborum, 2010.
- *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2014.
- SANGÜESA RUIZ, N.: «El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012», *Revista REDUR*, n.º 13, 2015.
- SANGÜESA RUIZ, N.: «El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012», *Revista REDUR*, n.º 13, 2015.

- SANZ SÁEZ, C.: *Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio*. Tesis Doctoral. UCLM. 2015.
- SARAGOSSÀ I SARAGOSSÀ, J.V.: «La coordinación entre las políticas activas de empleo y la protección económica frente al desempleo», en VV.AA, VALDÉS DAL-RÉ, F. y SOBRINO GONZÁLEZ, G., *Comentarios a la Ley de Empleo*, Madrid, La Ley, 2012.
- SAURA SÚCAR, M.: «La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros», *Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, n.º 94 (99), 2001.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: «El trabajo de los extranjeros en la jurisprudencia», *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n.º 17, 2014.
- SOBOTOVICOVA, S.: «El contenido del (in)existente “derecho” a la libre circulación y residencia de los nacionales de terceros países legalmente establecidos en la Unión Europea», VV.AA., UGARTEMENDIA ECEIZABARRERA, J.I. (Dir.), *La Tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Comunidad Autónoma de Euskadi, Instituto Vasco de Administración Pública, 2016.
- TARIBINI-CASTELLANI AZNAR, M.: «Los derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 63, 2006.
- TEROL BECERRA, M.: «Globalización versus universalización constitucional en el mediterráneo. Propuesta metodológica para un análisis de la diversidad», *Revista de Derecho Político*, n.º 60, 2004.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: «El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios», en Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre y el anteproyecto de la ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre, de 2008», *Aranzadi Social*, Vol. 1, n.º 21, 2009.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2012.
- URTEAGA, E.: «Las rentas mínimas en Francia», *Papers: Revista de sociología*, n.º 96, 3, 2011.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las expulsiones colectivas de extranjeros: su tratamiento en el ordenamiento internacional y la jurisprudencia del TEDH», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 4 de abril, 2018.
- «El marco constitucional del derecho a la protección de la salud», en VV. AA.: *La protección social de la salud en el marco del estado del bienestar. Una visión nacional e europea*, MORENO VIDA, M.M., DÍAZ AZNARTE, M.T. (Dirs.), GIJÓN SÁNCHEZ, M. (Coord.), Granada, Comares, 2019.
- VALDUEZA BLANCO, M.D.: «Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales», *Relaciones Laborales*, n.º 2, 2003.

- VELA DÍAZ, R.: *Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España: un enfoque de género de la política migratoria*, Granada, Comares, 2014.
- VELA DÍAZ, R.: «La situación administrativa del trabajador/a extranjero y el derecho a la prestación por desempleo: visión desde una perspectiva de género», *VI Encuentro Internacional de Investigadores en Derecho de Inmigración y Asilo*, Valencia, 14 y 15 de junio de 2012.
- VON IHERING, R.: El fin en el Derecho, Estudio preliminar «El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho» a cargo de Monereo Pérez, J.L., Granada, Comares, 2011.
- VV.AA., ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y PETIT DE GABRIEL, E.W., *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.
- VV.AA., Asociación Española de Salud y Seguridad Social., *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2016.
- VV.AA., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Dir.) y DURÁN BERNARDINO, M. (Coord.), *Nuevas políticas jurídicas para el cambio migratorio. Tutela jurídico-social de los trabajadores emigrantes*, Navarra, Aranzadi, 2017.
- VV.AA., IZQUIERDO ESCRIBANO, A. (Coord.), *El modelo de inmigración y los riesgos de exclusión*, Madrid, Fundación Foessa, 2008.
- VV.AA., *Manual Práctico Orientativo de Derecho de Extranjería*, ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir.) y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S. (Coord.), Navarra, Aranzadi, 2016.
- VV.AA., *Migración laboral internacional: un enfoque basado en los derechos*, Ginebra, 2011.
- VV.AA., MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- VV.AA., MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.), *El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.
- VV.AA., MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.), *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.
- VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.) y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Coord.), *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del derecho*, Granada, Comares, 2017.
- VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (Dir. y Coords.), *Comentario a la Ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, Comares, 2012.
- VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. y LÓPEZ INSUA, B.M. (Dir. y Coords.), *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e Institucional*, Navarra, Aranzadi, 2016.

- VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y DE VAL TENA, Á. (Dir.) y LÓPEZ INSUA, B.M. (Coord.), *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.
- VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a.N. (Dir.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008.
- VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a.N. (Dir.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2001.
- VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; RIVAS VALLEJO, P. (Dir.), GARCÍA VALVERDE, M.D. (Coord.), *Tratado de Salud Laboral II. Aspectos Técnico-Sanitarios y Lugares, Sectores y Colectivos Singulares*, Navarra, Aranzadi, 2012.
- VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L.; RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.); MALDONADO MOLINA, J.A. y DE VAL TENA, A.L. (Coord.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social* (Tomos I y II), Murcia, Laborum, 2017.
- VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., TÚLIO BARROSO, F., LAS HERAS, H. (Dir.) y MALDONADO MOLINA, J.A. y MORENO VIDA, M^a.N. (Coords.), *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Murcia, Laborum, 2018.
- VV.AA., MORENO VIDA, M^a.N. y DÍAZ AZNARTE, M^a.T. (Dir.) y GIJÓN SÁNCHEZ, M^a.T. (Coord.), *La protección social de la salud en el marco del Estado de bienestar. Una visión nacional y europea*, Granada, Comares, 2019.
- VV.AA., ORTIZ CASTILLO, F. (Dir.), RODRÍGUEZ INIESTA, G. y ORTEGA LOZANO, P. (Coord.), *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral* (Tomos I y II), Murcia, Laborum, 2018.
- VV.AA., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)*, Murcia, Laborum, 2015.
- VV.AA., SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2009.
- VV.AA., UGARTEMENDIA ECEIZABARRERA, J.I. (Dir.), *La Tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Comunidad Autónoma de Euskadi, Instituto Vasco de Administración Pública, 2016.
- VV.AA.: *Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.
- VV.AA.: «Pobreza y rentas mínimas en España y en la Unión Europea», publicado por la *Confederación Sindicales de Comisiones Obreras. Secretaría de política Social*, 2013.

