

DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y MOVIMIENTOS TRANSNACIONALES DE PERSONAS: PRESENTE Y FUTURO

SOCIAL SECURITY RIGHTS AND TRANSNATIONAL MOVEMENTS OF PEOPLE: PRESENT AND FUTURE

José Luis Monereo Pérez¹

“Los manejos de la opinión pública, en tanto en cuanto están inspirados por intereses claramente definidos, tienen finalidades muy limitadas. Sin embargo, cuando tratan de un tema que despierta verdadero interés, producen unos efectos que escapan al dominio de los propios encargados de manejar la opinión ajena [medios de formación de imagen pública y manipulación de las opiniones en general], y pueden comportar consecuencias que estos no preveían ni pretendían”

Hannah Arendt²

RESUMEN: El marco de referencia actual de toda la problemática de los movimientos transnacionales de personas y sus derechos de Seguridad Social, viene constituido por el fenómeno de la globalización, la coyuntura de la crisis económica y el problema de los asilados y refugiados, hoy mayor por la intensificación y expansión de las guerras y la violencia ejercida por los Estados totalitarios sobre sus propios ciudadanos. En la Unión Europea se produce una fuerte tensión entre la transnacionalización económica y el control de fronteras de las personas migrantes (laborales y refugiados), de manera que la ampliación de la intensificación del mercado interior europeo (transnacionalización de la actividad económica inherente a la construcción de ese mercado interno) se ve acompañada de un mayor incremento del control de las migraciones de nacionales extracomunitarios. Se dispone de un conjunto de normas internacionales que contribuye progresivamente a que las personas extranjeras disfruten de derechos de Seguridad Social. Estas normas internacionales (generales y regionales europeas) de Seguridad Social tienen una eficacia aplicativa general, y a menos que en ellas se especifique lo contrario, tales instrumentos normativos (señaladamente los emanados y adoptados por la Organización Internacional del Trabajo) cubren a todas las personas migrantes. No obstante, la experiencia político-jurídica muestra las dificultades para garantizar su eficacia jurídica real.

PALABRAS CLAVE: Migraciones, inmigración extranjera, persona inmigrante extranjera, refugiados, derecho de asilo, mercado de trabajo, retorno de inmigrantes, ciudadanía, ciudadanía “post-nacional”, derechos de ciudadanía, estatuto jurídico de los derechos de las personas migrantes, política migratoria europea, constitucionalismo democrático-social europeo, inmigración irregular, derecho de Seguridad Social.

SUMARIO: 1. El fenómeno migratorio y las políticas de control e integración de las personas migrantes. 2. Democracia constitucional y derechos de Seguridad Social en el nuevo orden mundial. 3. Los derechos de

Artigo recebido em: 26/03/2019

Artigo aprovado em: 13/05/2019 e 14/05/2019.

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS). Director de la “Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum”. Miembro del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL). Instituto de Migraciones

² ARENDT, H.: Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, trad. Carlos Ribalta, Barcelona, Ed. Lumen, 4ª ed., 2003, pág. 409.

RDRST, Brasília, Volume 5, n 1, 2019, p 79-136, Jan-Abr/2019

Seguridad Social de las personas migrantes en el espacio europeo. 4. El derecho de asilo en el Derecho comunitario y en el ordenamiento español. Los derechos de Seguridad Social como elementos integrantes del estatuto jurídico protector de las personas asiladas.

ABSTRACT: The current framework of all the problems of transnational movements of people and their social security rights is constituted by the phenomenon of globalization, the economic crisis and the problem of asylum seekers and refugees, which today is worse because of the intensification and expansion of wars and violence by totalitarian States on their own citizens. In the European Union there is a strong tension between economic transnationalization, and border control of migrants (labour and refugees), so that the intensification of the European internal market (transnationalization of economic activity inherent to construction of the domestic market) is accompanied by a greater increase in migration control of EU nationals. There is a set of international norms that progressively contribute to foreigners to enjoy social security rights. These international (general and European) Social Security standards have a general applicative effectiveness and, unless they specify something else, these regulatory instruments (notably those issued and adopted by the International Labour Organization) cover all migrants. However, the political and legal experience shows the difficulties to ensure their actual legal effect.

KEY WORDS: Migration, foreign immigration, foreign immigrant, Refugees, right of asylum, labour market, return migration, residence of foreigners, citizenship, “post-national” citizenship rights of citizenship, legal status of migrants rights, European migration policy, European social democratic constitutionalism, Irregular immigration, right of Social Security.

SUMMARY: 1. The migration phenomenon and the policies of control and integration of migrants. 2. Constitutional democracy and Social Security rights in the new world order. 3. The Social Security rights of migrants in the European area. 4. The right of asylum in community law and in the Spanish legal system. Social Security rights as integral elements of the protective legal status of the isolated persons.

1 EL FENÓMENO MIGRATORIO Y LAS POLÍTICAS DE CONTROL E INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS MIGRANTES

El marco de referencia actual de toda esta problemática de los movimientos transnacionales de personas y sus derechos de Seguridad Social, viene constituido por el fenómeno de la globalización (en parte “construida” y en parte “dada”), la coyuntura de la crisis económica y el problema de los asilados y refugiados (por simplificar, migración políticamente condicionada y, por tanto, también migración transnacional forzada), hoy mayor por la intensificación y expansión de las guerras y la violencia ejercida por los Estados totalitarios sobre sus propios ciudadanos. Un fenómeno comparable a las migraciones en la Europa del primer tercio del siglo veinte. Las migraciones (en su doble vertiente de inmigración y de emigración) son un fenómeno connatural a las comunidades y sociedades humanas. Las migraciones constituyen un elemento consustancial a la historia de la humanidad, y en particular ha sido y es un elemento esencial de la “identidad europea”. Europa es un continente de inmigración.

La realidad del fenómeno migratorio evidencia su carácter principalmente económico-laboral, de manera que las personas extranjeras que pretenden inmigrar a un Estado en su inmensa mayoría lo hacen para realizar una actividad profesional. Es así que *normalmente la*

Seguridad Social de las personas extranjeras está estrechamente vinculada a la condición de trabajador (y sobre todo como trabajador asalariado). En la crisis mundial del empleo, los trabajadores migrantes son una *población de riesgo*, especialmente vulnerable en términos de conjunto. Los trabajadores inmigrantes se enfrentan a una disminución de las oportunidades de empleo y migración, empeoramiento de las condiciones de vida, de trabajo y de Seguridad Social, y aumento de la xenofobia, el racismo y la discriminación en sus diversas manifestaciones. También ante situaciones de retorno y de expulsión a los países de origen, incluidas las “expulsiones en caliente”, a pesar de su ilegalidad, pues esas “devoluciones” (sic.) en caliente carecen de cobertura jurídica en la mayoría de las legislaciones migratorias de los Estados europeos más avanzados. En tal sentido, las instituciones y organismos internacionales (Naciones Unidas; OIT...) y europeas (Consejo de Europa y Unión Europea) con competencia y responsabilidad en materia de derechos humanos han declarado la ilegalidad de estas prácticas por su contraposición al estándar de derechos humanos. Suele ser práctica habitual las devoluciones sumarias, y también su pretendida justificación para dotarlas de cobertura legal consistente en afirmar que no se trata de verdaderas “devoluciones” o “expulsiones”, sino de simples “rechazos”³.

Por tanto, la crisis está teniendo repercusiones importantes sobre las personas migrantes y puede determinar la tentación de convertir a la Unión Europea en una suerte de “Europa fortaleza”⁴. La elaboración de las políticas migratorias de la Unión Europea y de los

³ Puede consultarse, VV.AA.: “Rechazo en frontera? ¿Frontera sin derechos? Informe Jurídico, elaborado por Margarita Martínez Escamilla, Enrique Gimbernat Ordeig, Esteban Pérez Alonso, Pablo Pérez Tremps, Elisa Pérez Vera, entre otros, Publicado el 13 de abril de 2015. Disponible en Internet. En ese Informe Jurídico se concluye que “el trato a los extranjeros en la frontera sur nos puede dignificar como personas o, por el contrario, aproximarnos a la barbarie. Hoy, con nuestra falta de sensibilidad humana y de rigor jurídico, corremos el riesgo de que la barbarie, más que amenazar las murallas de nueva civilización como antaño, crezca dentro de nosotros y de nuestros miedos para acabar devorándonos” (Ibid., pág. 34).

⁴ Puede consultarse, en una perspectiva histórica, SASSEN, S.: *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*, Madrid, Siglo XXI de España, 2013; *id.*: *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*, Buenos Aires, Ed. Katz, 2015, donde Sassen construye el concepto de “expulsiones” para poner en descubierto los efectos devastadores de las formas extremas del capitalismo global. La economía global no se expande sin consecuencias: creciente desigualdad y desempleo, cada vez más poblaciones desplazadas o encarceladas, destrucción de la tierra y del agua. Se trata de dislocaciones socioeconómicas que no pueden ser explicadas con las herramientas tradicionales de la sociología, la ciencia política y el Derecho, en los habituales términos de “pobreza” e “injusticia”. Esas dislocaciones se comprenden con mayor precisión si se conceptualizan como tipos de expulsiones. En este sentido, afirmar, en las últimas dos décadas se ha presenciado un fuerte crecimiento de la cantidad de personas y empresas expulsadas de los órdenes sociales y económicos centrales de nuestro tiempo. Expulsiones que no son espontáneas, sino producidas con instrumentos que incluyen desde políticas elementales hasta instituciones, técnicas y complejos sistemas que requieren mucho conocimiento especializado y formatos institucionales intrincados. Por otra parte, para Sassen la creciente inestabilidad y la pobreza extrema en muchas partes del África subsahariana, y la proliferación de mini-conflictos en el Medio Oriente y África del Este, han empujado el fenómeno a una nueva dimensión. Hace notar que las causas no son tanto la búsqueda de una vida mejor, sino “conflictos criminales”, guerras, el acopio masivo de tierras para plantaciones, la destrucción de sus hábitats a través de la contaminación de la tierra y el agua, las sequías,

países que forman parte de la misma se orienta decididamente hacia un enfoque selectivo y jerarquizado respecto del reconocimiento de los derechos de ciudadanía (comprendidos, evidentemente, los derechos de Seguridad Social); y especialmente en la coyuntura de crisis económica se impulsan y promueven medidas más restrictivas de admisión y de expulsión y retorno incentivado de las personas inmigrantes (migraciones frustradas y de retorno desde los países de destino a los países de origen). Una Europa que utiliza una racionalidad económica instrumental respecto de las personas migrantes en su conjunto y que no ha sabido impedir la expansión de un mercado de trabajo informal donde se explota a ciudadanos de terceros países en situación irregular y se les priva de los derechos de Seguridad Social. Todos los años varios cientos de miles de personas son objeto de tráfico ilegal hacia el interior de la Unión Europea. Sería una catástrofe apartar el pensar de esa realidad y ponerlo fuera del mundo y de la historia. Ante esa realidad no se debe poner un “velo de ignorancia”, pues la construcción del extranjero tiende ponerse en contraposición con la ciudadanía. De manera que cuando ya se vislumbraba una cierta superación entre extranjería versus ciudadanía a través de una “ciudadanía postnacional” (que alcanzó a ser calificada, en algún caso, como “ciudadanía cosmopolita”), se vuelve a retomar su contraposición (neo)liberal para recuperar la idea fuerza de la ciudadanía “nacional” y excluyente como dotación de derechos, negándolos a los que carecen de ella (los otros, los extranjeros) o atribuyéndoles a lo sumo una suerte de “ciudadanía restringida” resultante de un proceso de fragmentación social. Es más, esa ciudadanía restringida, vinculada a la condición de trabajador migrante (de cualquier tipo) se tiende a abordar desde la lógica del “enemigo interior” dentro de la trayectoria actual (no políticamente irreversible, como resulta patente) desde el Estado Social hacia el Estado de Seguridad (que se ha configurado como “Estado penal” o, más exactamente, “punitivo”) y que subsume al extranjero marginado y perseguido en la categoría descalificadora de “colectivos peligrosos”⁵, los cuales sólo pueden disfrutar de una ciudadanía vigilada a través

desertificación, el resurgimiento de la minería para obtener los metales que necesitamos para nuestra revolución electrónica. Familias y comunidades enteras están siendo expulsadas de su territorio de origen. Cada vez quedan menos "hogares" a los que volver. Estos flujos de personas desesperadas son una indicación de procesos emergentes más propensos a aumentar que a disminuir. Estos flujos bien pueden ser los inicios de nuevas historias y geografías hechas por hombres, mujeres y niños en la huida desesperada de condiciones insostenibles. Para ellos no hay hogar al que volver, su hogar se ha convertido en una plantación, en una zona de guerra, una ciudad privada, en un desierto o en una llanura inundada. Así que una forma de encapsular y de comprender las causas de este nuevo y emergente fenómeno migratorio es la expresión significativa de “la pérdida masiva del hábitat”. Véase también, y en particular sobre la “geografía cambiante del capitalismo” y la “destrucción creativa del territorio”, HARVEY, D.: El enigma del capital y la crisis del capitalismo, trad. Juanmari Madariaga, Madrid, Ed. Akal, 2012, espec., págs. 119 y sigs., y 155 y sigs.

⁵ PAUGAM, S.: Las formas elementales de la pobreza, Madrid, Alianza editorial, 2007; WACQUANT, L.: Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social, Barcelona, Ed. Gedisa, 2010; íd.: Las

de técnicas de control social y de una ciudadanía limitada (limitada también en “lo social”). Es, ésta, una respuesta “defensiva” y represiva a la crisis de gobernabilidad y de “desbordamiento” político e institucional de los procesos migratorios actuales, vinculada, a su vez, a la crisis del “Estado Social Nacional” y a su desmantelamiento en el marco de la puesta en práctica de la ideología neoliberal. La imposición de barreras casi insuperables a los distintos tipos de personas migrantes (inmigrantes económicos, refugiados...) rompe el criterio emancipador de la integración social a través de la garantía jurídica efectiva de los derechos humanos para todos y cuestiona la eficacia del sistema universal de los derechos humanos construido a partir de la segunda postguerra mundial, el cual, sin duda, necesita en la actualidad no sólo ser eficaz en lo que garantiza, sino también renovado en lo que es preciso enriquecer en una perspectiva verdaderamente universalista y no bajo la centralidad del espacio geopolítico occidental⁶. Y ello partiendo de que todos los derechos humanos, tanto los económicos, sociales y culturales como los civiles y políticos, son interdependientes e inseparables entre sí y con el derecho humano al desarrollo y ante las nuevas formas de opresión e injusticia que se están produciendo y expandiendo (que padecen y sufren los pueblos y colectivos específicos más vulnerables, como es el caso de las personas migrantes y señaladamente los trabajadores indocumentados, los buscadores de asilo...) y en el contexto de la “sociedad del riesgo global”⁷. Los derechos humanos son fundamentales porque cristalizan valores como la libertad, la igualdad y la solidaridad (fraternidad laizada). Su falta de respeto tendrá que enfrentarse a una crisis de legitimidad por incumplimiento o insatisfacción en la práctica de esos valores del orden democrático. Estos valores clásicos no pueden ser desvalorizados como valores antiguos, cuando no anticuados. En un mundo líquido⁸ y donde las innovaciones tecnológicas y geopolíticas transforman la realidad incesantemente esta reafirmación de valores debería de ser una de las pocas certezas respecto a la dirección que han de tomar los sistemas democráticos.

cárceles de la miseria, Buenos Aires, Ed. Manantial, 2000, donde advierte del advenimiento del Estado penitenciario que tiende a desplazar al Estado Social; MONEREO PÉREZ, J.L.: "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", en Documentación Laboral, núm. 83 (2008), págs. 11-109; íd.: Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, págs. 551 y sigs.

⁶ Un estudio completo y totalizador de ese estándar mundial, en VV.AA.: El Sistema Universal de los Derechos Humanos, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.

⁷ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho al desarrollo”, en VV.AA.: El Sistema Universal de los Derechos Humanos, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014, págs. 951 y sigs. Para la conceptualización de la sociedad del riesgo global, véase BECK, U.: La sociedad del riesgo global, Madrid, Siglo XXI, 2002, y su precedente constructivo de la noción de “sociedad del riesgo”, del mismo autor en, La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad, Barcelona, Ed. Paidós, 1998.

⁸ Véase BAUMAN: Modernidad líquida, México DF-Buenos Aires, 11ª reimpresión, 2009. Aunque, cabría matizar, que en el ámbito social y cultural no siempre todo lo sólido se desvanece en el aire.

En el marco de la Unión Europea se produce una tensión entre la transnacionalización económica y el reconocimiento formal de los derechos fundamentales de las personas, por un lado, y, por otro, el control de fronteras de las personas migrantes (laborales y refugiados), de manera que la ampliación de la intensificación del mercado interior europeo (transnacionalización de la actividad económica inherente a la construcción de ese mercado interno) se ve acompañada de un mayor incremento del control “institucional” de las migraciones de nacionales extracomunitarios. Un exponente de ello han sido las actuales restricciones contundentes que se están produciendo en el espacio Schengen (la libertad de desplazamiento de personas constituye, sin duda, un pilar indispensable de la integración europea)⁹, con las limitaciones de entrada a propósito de los refugiados que llegan a las fronteras europeas. En este sentido se han introducido nuevos controles internos fronterizos por decisión unilateral de los Estados al margen de las instancias políticas de la Unión Europea y bajo un prisma político-ideológico; suspensión selectiva de Schengen que no se corresponde tanto con una afluencia masiva de refugiados en los respectivos países como con la puesta en práctica de políticas presididas por una opción restrictiva respecto al fenómeno migratorio y el cuestionamiento mismo de la garantía de la libertad de movimientos de personas en el espacio europeo establecida en el propio sistema de los tratados fundacionales (Medidas de excepción a la libre circulación que contemplan los acuerdos de Schengen ha sido adoptadas, en principio con carácter temporal –pero la Unión Europea ha permitido que puedan extenderse hasta dos años (sic.)-, por Alemania, Francia, Austria, Suecia, Noruega, Dinamarca, aunque hay que matizar que Alemania ha dado una mayor apertura a sus fronteras aplicando el derecho de asilo consagrado en su Constitución, pero al mismo tiempo endureciendo las medidas de expulsión de los “inmigrantes laborales irregulares”).

En los últimos años se está asistiendo ante a una *renacionalización* de las cuestiones migratorias y de los controles de fronteras internas a cada país europeo. La desfiguración de la cultura cosmopolita –europea en particular- puede ser determinante a la hora de entender buena parte del desconcierto y las contradicciones actuales. En todo caso, hay que también

⁹ Como se sabe, la libre circulación de personas constituye una de las cuatro libertades fundamentales del mercado interior europeo. Junto con los Tratados de la UE, el principal instrumento normativo de Derecho comunitario para regular la libre circulación es la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En nuestro país, la regulación se encuentra, básicamente, en el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Modificada por RD 987/2015, de 30 de octubre, señaladamente introduciendo un nuevo art. 2.bis, relativo a la entrada y residencia de otros familiares del ciudadano de un Estado miembro de la UE o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

tomar en consideración las garantías jurisdiccionales, como es el caso de la STS, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de diciembre de 2015, que reconoce el derecho de asilo a una ciudadana siria a quien tanto el Ministerio del Interior como la Audiencia Nacional se lo habían negado sin prestar atención a dos informes, uno de ellos de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para la ayuda al Refugiado y otro de una ONG, Asociación Comisión Católica Española de Migración. El movimiento de refugiados que huye de la guerra civil en Siria requiere de protección internacional. 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. Entiende el Tribunal Supremo que las personas que por estas razones puedan ser percibidas como individuos asociados a una de las partes en conflicto, deben entenderse incursos 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 exclusión. El caso concreto que motiva la sentencia se refiere a una mujer siria, Alaa A., que pidió asilo en España y cuyos argumentos no fueron atendidos inicialmente por el Ministerio del Interior, que rechazó su petición, ni tampoco por la Audiencia Nacional, que no aceptó su recurso en abril de 2015. Ambas instancias desvalorizaron "sin justificación alguna", dice el Supremo, el informe emitido por ACNUR en mayo de 2014, informe que, tras estudiar el caso, estimó que Alaa está incluida en un grupo de riesgo debido a su adscripción religiosa. A ese escrito se sumó el de la Asociación Comisión Católica Española de Migración, recuerda también el Supremo, "que pone de relieve que la solicitante de asilo ha expuesto de forma precisa y detallada las actividades de voluntariado social de los más desfavorecidos en su ciudad antes del estallido de la guerra". El mismo informe recordaba cómo la peticionaria de asilo denunció luego vulneraciones de los derechos humanos cometidas por el Gobierno sirio, con la finalidad de divulgarlas a través de organizaciones de derechos humanos.

La instalación en la contradicción y en la paradoja se refleja en muchos aspectos en las iniciativas europeas. Paradigmáticamente resulta el texto de la Comunicación de la Comisión relativa al "Plan de Acción de la UE en materia de retorno" (Bruselas, 9.9.2015. COM(2015) 453 final.). En ella, entre otras cosas, se parte del dato de que el retorno a sus países de origen de los migrantes irregulares sin derecho a residir en la UE, con respeto pleno del principio de *no devolución*, es parte esencial de los esfuerzos globales de la UE para afrontar la migración

y, en particular, para reducir la migración irregular. La *Agenda Europea de Migración*¹, adoptada por la Comisión Europea el 13 de mayo de 2015, pone de manifiesto que uno de los incentivos a la migración irregular es la certeza de que el sistema de la UE para el retorno de los migrantes irregulares no es suficientemente eficaz. Y seguidamente, se indica que “*debe reforzarse la eficacia del sistema de la UE para el retorno de los migrantes irregulares*”. Esto es esencial para mantener la confianza pública en el sistema de asilo de la UE y para ayudar a las personas necesitadas de protección internacional. El aumento de la tasa de retorno de los migrantes irregulares debe ir de la mano de los esfuerzos renovados de la UE para proteger a las personas que lo necesitan, también mediante su reubicación y reasentamiento. Para indicar, también inmediatamente después, que la ejecución de las acciones públicas tendrá que ser necesariamente *conforme con las normas internacionales en materia de derechos humanos*, en particular la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como el principio de no devolución, garantizado en la legislación vigente de la UE. La Directiva sobre el retorno de la UE instaura garantías jurídicas específicas para la protección efectiva de los derechos de los retornados en todas las fases del proceso de retorno¹⁰. En lo que atañe a los datos personales, deberá prestarse especial atención a la plena aplicación de las disposiciones vigentes. Para culminar en el objetivo básico de que: “Es preciso asignar recursos adecuados para acrecentar la eficacia de la política de la UE en materia de retorno, en respuesta a la petición del Consejo Europeo de 25 y 26 de junio de 2015. Heredero del Fondo Europeo para el Retorno (2008-2013), el Fondo de Asilo, Migración e Integración (FAMI) respaldará sustancialmente las actividades de retorno de los países miembros, que tienen previsto destinar al retorno más de 800 millones EUR en sus programas nacionales para el período 2014-2020. Se apunta que el retorno voluntario de los migrantes irregulares a sus países de origen sigue siendo la opción preferible siempre que sea posible. Las medidas de retorno voluntario y las complementarias de reintegración ayudan a consolidar la posición de los retornados en sus países de origen y disuaden, por tanto, de una nueva experiencia de migración irregular. En general se considera más rentable que el retorno forzoso. El retorno *voluntario* también puede ayudar a superar las reticencias de determinados terceros países a cooperar en el retorno de sus nacionales. La

¹⁰ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DO L 348/98 de 24.12.2008.

proporción de los retornos voluntarios sobre el total de retornos ha aumentado de forma gradual en la UE en estos últimos años. Para incrementar aún más la tasa de retorno voluntario, la Comisión financia *programas de retorno voluntario asistido* a través del FAMI, en cooperación con socios gubernamentales y no gubernamentales, como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Apoya a la Red Europea de Instrumentos de Reintegración (ERIN), instrumento que presta apoyo a la reintegración y ofrece asistencia social y laboral a los retornados. Más allá de las posibilidades financieras del FAMI, la financiación de un retorno y una reintegración sostenibles constituirá una nítida prioridad de los programas de financiación de la UE en los ámbitos de la cooperación al desarrollo y la política de vecindad. En particular, el Fondo Fiduciario que se instituirá en la Cumbre UE-África sobre migración de La Valeta (11-12 de noviembre de 2015) deberá proporcionar una financiación sustancial para el retorno y la reintegración de los migrantes en sus países de origen.

Por otra parte, se subraya que el éxito de los programas de retorno voluntario también depende de la *credibilidad* de la perspectiva del retorno forzoso. Los migrantes que a menudo pagan los ahorros de toda su vida a los traficantes para que les trasladen a Europa pueden no estar dispuestos a aceptar el retorno voluntario asistido, “a menos que entiendan que serán retornados de todos modos (sic.). Cuando los migrantes no retornen voluntariamente, el retorno deberá ser forzoso”. En este contexto, la aplicación sistemática y exhaustiva de las normas de la UE en materia de retorno es esencial para aumentar la eficacia del sistema. La Directiva relativa al retorno de la UE impone la obligación legal de los países miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que permanezca ilegalmente en su territorio y, en caso necesario, de tomar medidas para hacer que se cumpla. Asimismo, establece garantías para *proteger los derechos de los retornados*, y permitir que el retorno se lleve a cabo de forma humana y proporcionada.

La Comisión Europea viene fomentando y orientando el desarrollo de un *sistema integrado de gestión del retorno* mediante la conexión de todas las redes y programas financiados por la UE en materia de retorno y readmisión. Se aprovecharán las sinergias entre el enfoque europeo integrado del retorno a terceros países (EURINT), ERIN y la red de funcionarios de enlace europeos (EURLO).

Por otra parte, la UE pretende mejorar la cooperación en materia de readmisión con los países de origen y tránsito. El refuerzo de la cooperación en materia de retorno y readmisión con los principales países de origen y tránsito de los migrantes irregulares es

esencial para aumentar las tasas de retorno y prevenir la migración irregular. Los países africanos, de donde procede un gran número de los migrantes que llegan a la UE o permanecen de manera irregular en ella, constituyen una prioridad. Las tasas de retorno a los países africanos son inferiores al 30 %, muy por debajo de la tasa de retorno general de la UE, un 40 % que es ya insuficiente. *La readmisión de los propios nacionales es una obligación con arreglo al Derecho internacional consuetudinario.* En relación con los países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP), esta obligación se establece en el artículo 13 del Acuerdo de Cotonú. La Agenda Europea de Migración ya subrayó la necesidad de una actitud más firme para que los terceros países cumplan sus obligaciones de readmisión de sus nacionales¹¹. El Consejo Europeo de 25 y 26 de junio de 2015 reclamó que se movilicen todos los instrumentos para aumentar la cooperación en materia de readmisión. La Comisión tratará de garantizar, con carácter prioritario, que los compromisos de readmisión se apliquen eficazmente y sin demora. En paralelo, se centrará en la rápida conclusión de las negociaciones en curso y, en caso necesario, en el inicio de negociaciones sobre nuevos acuerdos de readmisión con los principales países de origen. La UE debe, además, entablar diálogos políticos de alto nivel en materia de readmisión con los países pertinentes y mejorar sustancialmente la cooperación operativa. Para alcanzar estos objetivos, la UE debe establecer la presión adecuada sobre los países socios.

Los procesos migratorios actuales –que tienden a agravarse visiblemente cada vez más planteando la cuestión social migratoria del tercer milenio- en los países del sur del Mediterráneo implican para millones de personas que viven en países vecinos de la Unión Europea la esperanza de una vida mejor, así como de un mayor respeto de los derechos humanos, el pluralismo, el Estado de Derecho y la justicia social. Los desplazados que huyen de sus países de origen buscan una vida digna, o simplemente sobrevivir. Estas transformaciones históricas refuerzan la necesidad de que los países de acogida y en particular la Unión Europea dispongan de una política común y coordinada en materia de inmigración y asilo, al mismo tiempo que intensificar la cooperación de la Unión Europea con los terceros países. El problema de las migraciones –de esas “oleadas” de movimientos migratorios- debe resolverse en la fuente, es decir, propiciando una política de desarrollo sostenible y de paz en los países de origen. En un mundo globalizado (con plena liberalización de capitales, finanzas

¹¹ De conformidad con el artículo 13 del Acuerdo de Cotonú, los países ACP se comprometen a aceptar el retorno y la readmisión de sus nacionales que residan ilegalmente en el territorio de un Estado miembro de la UE, a petición de ese Estado miembro y sin otras formalidades. La UE tiene acuerdos de readmisión con Rusia, Ucrania, Moldavia, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Turquía y los países de los Balcanes Occidentales, así como con Hong Kong, Macao, Sri Lanka, Pakistán y Cabo Verde.

y mercancías) y con gran capacidad de generar riqueza y recursos de todo tipo, es inadmisibles que millones de seres humanos estén sumidos en la miseria y en permanente riesgo de morir de hambre o de enfermedad curables. Esas personas se ven obligadas a emigrar de su país de origen y a menudo ser objeto de un trato degradante en los países de destino (que cada vez menos de “acogida” en sentido humanista y humanitario), mercantilizados, o incluso al extremo de ser degradados a una situación de esclavitud por mafias dedicadas al tráfico ilegal de personas; y ser privados de sus derechos como tales. Es en este contexto donde adquiere de nuevo sentido la reflexión de Hannah Arendt sobre *el derecho a tener derechos*¹², por parte de aquellas personas que se encuentren injustamente privadas de ellos o de su ejercicio efectivo. Esta realidad crítica es la que subyace cuando hablamos de la “cuestión social” de las migraciones.

Es bien sabido que la inmigración internacional y el proceso de globalización de la economía mundial son fenómenos visiblemente conexos e interrelacionados. Aunque los problemas migratorios no son nuevos; lo que se ha planteado es un nuevo tipo de migraciones (entre migraciones masivas económicas y de asilo político). La globalización es una realidad multidimensional; un hecho económico-social y cultural que determina el movimiento de capitales, de culturas y de personas. Ahora bien, mientras la libertad de circulación de capitales, bienes y servicios se ha ampliado, impulsado y acelerado con la globalización neoliberal, la libertad de circulación de las personas –señaladamente la circulación por motivos laborales o económicos- es sometida a numerosas restricciones tanto a nivel estatal como a escala supranacional, como es el caso de la Unión Europea respecto a los ciudadanos de terceros países. Por otra parte, el desplazamiento de personas conduce hacia un flujo migratorio en dirección a los países donde existe un crecimiento económico y un mercado de trabajo expansivo. Pero hay más: mientras se incrementan los flujos migratorios hacia países en expansión, los países de acogida o destino de las personas migrantes, no garantizan –en términos generales- el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran los *derechos de Seguridad Social y más ampliamente los derechos de protección social pública*.

¹² ARENDT, H.: Los orígenes del totalitarismo, 2 vols., trad. Guillermo Solana, Barcelona, Ed. Planeta-De Agostini, 1994, cap. IX, págs. 343 y sigs. Para Hannah Arendt existe un “derecho a tener derechos”: “Llegamos –afirma- a ser conscientes de la existencia de un derecho a tener derechos (y esto significa vivir dentro de un marco donde uno es juzgado por las acciones y las opiniones propias) y de un derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad organizada, sólo cuando emergiendo millones de personas que habían perdido y que no podían recobrar estos derechos por obra de la nueva política global” (ibid., vol. I, pág. 375).

La globalización es una fase de intensificación del proceso de internacionalización y mundialización de la “economía-mundo”¹³ que convierte las migraciones de personas en un fenómeno estructural y persistente –aunque, como resulta obvio, pueden apreciarse fases diacrónicas y oscilantes-. Ya no se trata sólo de “oleadas” –que también las hay, como es patente en las migraciones de refugiados de los conflictos y persecuciones que se producen actualmente-, sino de flujos permanentes de desplazamientos transnacionales de personas trabajadoras.

Esta reconfiguración del proceso de mundialización ha determinado más que en otras fases del desarrollo histórico una manifiesta falta de adaptación entre los mercados internacionalizados y las migraciones internacionales y las formas políticas y jurídicas de regulación de los mismos y del desplazamiento de personas, las cuales continúan estando ubicada principalmente bajo el orden político clásico del “Estado nacional” (que a partir de la segunda postguerra mundial se configuró en los países más desarrollados como “Estado nacional social”). Las aporías y contradicciones son apreciables porque el fenómeno de la globalización agudiza las tensiones latentes entre la forma Estado-nación y la gestión de los flujos migratorios y el estatuto de los derechos de las personas migrantes fuertemente residenciado, sobre todo en cuanto a su eficacia real, en el interior los Estados nacionales. No es de extrañar que la respuesta de los Estados haya sido impotente y decididamente inadecuada respecto al control de los flujos migratorios (la llamada “presión migratoria”, ya en sí ideológicamente significativa), y se asista a un escenario de desbordamiento político-institucional. En este sentido, los Estados se mueven entre dos lógicas en tensión –porque no son siempre conciliables o armonizables-: la derivada del juego del principio de soberanía y la vinculada a los principios de cooperación y solidaridad internacional o transnacional. Dado que la intensificación del proceso de globalización –en cualquiera de sus formas- tendrá como consecuencia el incremento de la movilidad transnacional de personas, resulta obvio que las políticas de control de los flujos migratorios y las políticas encaminadas a la garantía efectiva de sus derechos han de tener un marco regulador –en el plano político, institucional y estrictamente jurídico- que vaya más allá (que sobrepase) la forma política del “*Estado nacional social*”. De este modo “lo político” en la migración de personas tal como se nos ofrece a escala transnacional hace aconsejable que *los niveles de decisión* política y jurídica sean no sólo nacionales sino principalmente transnacionales. Sería, pues, necesario crear

¹³ Sobre la noción de “economía-mundo” es pionera, magistral y de persistencia referencia, la construcción de BRAUDEL, F.: *Civilización material, economía y capitalismo*. 3. *El tiempo del mundo*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, capítulo 1: “Las divisiones del Espacio y del tiempo”, págs. 5 a 64.

instituciones internacionales eficientes para el buen gobierno democrático de las migraciones internacionales a fin de afrontar la nueva cuestión social de las migraciones internacionales. Una cuestión social, desde luego, distinta a la “obrero” derivada del conflicto entre el capital y el trabajo, pero situada en el más amplio y difuso problema de la exclusión, marginación y explotación del ser humano.

Por lo demás, la coyuntura actual de crisis económica ha incidido decisivamente sobre la inmigración económica (y también, matizadamente, sobre la migración de refugio y asilo). Pero persisten los efectos de una crisis incluso cuando sus causas han remitido o están remitiendo (fenómeno conocido como “histéresis”). En realidad, la crisis económica se traduce en una crisis de empleo, con la destrucción sistemática de puestos de trabajo en todos los niveles y ámbitos productivos y de servicios. Precisamente las personas inmigrantes son uno de los colectivos que más están padeciendo la elevada tasa de desempleo o subempleo en gran parte de los Estados de acogida (señaladamente en los países miembros de la Unión). En este contexto es manifiesta la complejidad y elevada conflictividad del fenómeno de los flujos migratorios y de los posibles modelo de regulación, afectando potencialmente al sistema democrático. Y es que en el marco de la Unión Europea se vislumbra una reorientación de las políticas migratorias nuevamente restrictivo no sólo de los umbrales migratorios sino ante todo de los derechos socio-laborales (y señaladamente, los de Seguridad Social y protección social pública). Prácticamente todos los países europeos de referencia han endurecido sus políticas migratorias. E incluso en la Unión Europea todavía predomina un enfoque defensivo basado en una lógica de seguridad respecto de la ordenación de los flujos migratorios y en una restricción significativa de las medidas de integración. Y precisamente ello se realiza cuando más que nunca se hace necesario instrumentar una política común europea de inmigración no basada exclusiva ni principalmente en una estrategia defensiva.

Por otra parte, para la población inmigrante que logra entrar —o evitar la salida forzada del país de acogida a través de las “políticas de retorno” voluntario o forzoso (v.gr., Directiva de retorno, que apuesta por la expulsión de los inmigrantes “excedentes”)—, solo les queda ubicarse mayormente en los *mercados secundarios de trabajo*, donde domina la precarización laboral y el subempleo de los inmigrantes; una discriminación objetivamente negativa que se traduce derivativa y correlativamente en un *detrimento de los derechos de Seguridad Social*. No cabe duda de que existe el riesgo de “involución” en los tímidos y modestos pasos alcanzados hacia las políticas de “normalización” y de “integración” social y jurídica (es decir, a través de los derechos fundamentales) puestas en práctica en las dos últimas décadas.

Hay motivos de preocupación cuando se están reformando a través de leyes de excepción (paradójicamente “normalizadas”) los marcos reguladores (y replanteando la regulación legal, a menudo sin respetar los condicionamientos establecidos en los textos constitucionales e internacionales que garantizan los derechos humanos de las personas inmigrantes), se restringen derechos de protección social pública de las personas inmigrantes y se tiende a “criminalizar” la inmigración irregular (reubicada mayormente en la economía sumergida o informal, cuyo espacio se ha acrecentado aprovechando la cobertura que ofrece el relajamiento en la exigibilidad de las reglas de orden público laboral en el contexto de la crisis económica).

Frente a esta tendencia cabe reclamar la experiencia de cómo ya no sólo formalmente en los grandes textos internacionales y nacionales la atribución de algunos derechos ya no dependen (o al menos no deberían de hacerlo ya) de la pertenencia a un determinado Estado nacional. Pero también es cierto que el *universalismo* de los derechos es más una aspiración social y político-jurídica que una realidad viva, porque continúan en gran medida estando subordinados al decisionismo político de los Estado-nación y a otras formas de unidad política definida (v.gr., la Unión Europea). La tensión entre el universalismo de los derechos y el particularismo de la pertenencia a la comunidad política nacional se ha venido resolviendo en la práctica a favor de las condiciones impuestas en el Estado nacional, tan sólo con ciertos límites establecidos por la comunidad internacional. Y de lo que se trataría es de resituar la lógica del sistema democrático colocando a la persona en el centro del sistema, confiriéndole todos los derechos que le permitan el despliegue de su personalidad, y cuyo reconocimiento no dependa de la pertenencia del individuo a un determinado Estado nacional. Esto debería formar parte de la esfera de “lo indecible” por el poder político, porque –en una perspectiva antropológica y jurídica- los derechos tienen que ser derechos de la persona, del ser humano en cuanto tal. En tal sentido, habría que postular una ciudadanía post-nacional, ampliando los confines tradicionales de un concepto de ciudadanía “nacionalizada” sin que sea una condición necesaria hacer desaparecer la ciudadanía vinculada a la pertenencia del Estado nacional, sino completándola e integrándola, pues no parece factible la creación de una suerte de “Estado mundial” que traiga aparejada la desaparición completa de la soberanía estatal y de la nacionalidad vinculada a la forma Estado-nación. En el momento histórico actual habrá que convenir en la existencia de una pluralidad de Estados nacionales y en la necesidad de perfeccionar de modo realista un orden internacional que garantice a todas las personas un estándar mínimo de derechos, esto es, un conjunto de derechos de titularidad universal y cuyo

ejercicio pueda realizarse frente a todos. Y en verdad queda mucho camino que andar como muestra la realidad de la desigualdad de atribución de derechos otorgada a las personas migrantes en el interior del espacio estatal y europeo.

2 DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL NUEVO ORDEN MUNDIAL

En este sentido, en la tradición del constitucionalismo democrático-social (y su forma política del Estado Social de Derecho) debería superarse el enfoque de las políticas migratorias de control de los flujos centrado en la dimensión económica (lógica mercantil) y transitar hacia las políticas de integración socio-económica, jurídica y cultural, dando lugar a la configuración de un estatuto jurídico social encaminado a garantizar la integración plena de la población migrante (de todo tipo) que reside en los países de acogida. Y atendiendo a que estamos ante desplazamientos transnacionales de personas ello debe conducir a una intensificación de los procesos de “comunitarización” o “europeización” de las políticas migratorias, como condición para que sean realmente puestas en práctica de modo eficiente.

En este orden de ideas, tiene que establecerse una nueva relación entre inmigración y ciudadanía transitando desde la ciudadanía tradicional a la de persona residente, esto es, una “ciudadanía inclusiva”, que pasa por la garantía de los derechos fundamentales y en particular, por lo que ahora más interesa, por la *garantía de los derechos de Seguridad Social de la persona migrante*. Y esa garantía debe partir 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. Una “*ciudadanía inclusiva*” tiene que sustentarse en el pleno reconocimiento de todos los derechos fundamentales. Y en esta lógica inclusiva, los derechos sociales son el pilar básico de la ciudadanía social. Es más, su garantía es condición indispensable de la democracia constitucional. Es así que la inmigración transforma la ciudadanía y los derechos de ciudadanía desvinculándola de la condición de nacionalidad como requisito de la titularidad de los derechos fundamentales. La inmigración internacional plantea una fuerte tensión entre territorio y ciudadanía (la cual no debería reservarse ni equipararse a la “nacionalidad”), en otras palabras, la inmigración internacional como realidad permanente supone una ruptura con la concepción liberal de la ciudadanía y su percepción del fenómeno migratorio. Las personas –y por tanto los migrantes- deben ser sujetos universales de los derechos fundamentales; y

deben de serlo más allá de la regularidad de su situación administrativa en el país receptor o de acogida. En tal sentido, para que la noción no tenga una dimensión excluyente es preciso que sea replanteada como ciudadanía plural y multicultural, realzando su dimensión positiva incluyente frente a su dimensión negativa excluyente¹⁴. En todo caso, hay que tener mucho cuidado cuando se pretende unidireccionalmente “liquidar” sin más una noción político-jurídica central de la modernidad ilustrada y democrática como ha sido la ciudadanía. Lo que sí es estrictamente necesario es redefinirla en términos inclusivos y universalistas.

Por otra parte, cada vez resulta más visible que hay diversos títulos de atribución de los derechos, como es la condición de residente extranjero o la de trabajador inmigrante en particular. Los derechos humanos son derechos de inclusión y en esa lógica de la integración a través de los derechos, la Seguridad Social es un factor de integración de las personas migrantes cualquiera que sea su condición. En este sentido, las grandes declaraciones y textos internacionales de derechos humanos vinculan los derechos a la persona para hacerlos más fuertes y eficaces. Por eso es necesario transferir el vínculo de la ciudadanía desde el ámbito tradicional de la nacionalidad hacia la persona del inmigrante (aunque, transitoria o provisionalmente, se reclame la noción de residencia para contribuir a alcanzar esa transición). La igualdad de derechos es la condición previa –o presupuesta- de una democracia constitucional. Ahora bien: un modelo de auténtica integración social exige la defensa de los derechos fundamentales (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), no siendo suficiente el reconocimiento meramente formal. Se hace necesaria una actitud “pro-activa” de los poderes públicos para propiciar una efectiva y plena integración de las personas inmigrantes, favoreciendo la convivencia multicultural y la cohesión social entre los inmigrantes y la población autóctona.

Por lo demás, la misma complejidad de la realidad social de la inmigración (la inmigración como “hecho social total”¹⁵) determina una complejidad de las políticas del

¹⁴ Puede consultarse, KYMLICKA, W.: Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad, Barcelona, Ed. Paidós, 2007, espec., págs. 41 y sigs.

¹⁵ Aunque esta concepción arranca del pensamiento de Durkheim, fue Marcel Mauss la que la utilizó más productivamente, considerando que un hecho social implica siempre una multiplicidad de dimensiones: dimensiones económica, religiosas, culturales, jurídicas, de valores..., y no puede reducirse a una sola de estas dimensiones para ser plenamente comprendido. De ahí que Mauss trate de aprender la realidad social concreta bajo el cuádruple punto de vista de vista fisiológico, psicológico, cultural y sociológico. Véase Obras, Tomos I-III, Barcelona, Ed. Seix Barral, 1970-1972. La obra maestra de Marcel Mauss es *Essay sur le don* (1925), en la que elabora la noción de “hecho social total”. Véase MAUSS, M.: *Ensayo sobre el Don. Forma y función del intercambio en las sociedades arcaicas*, traducción y estudio preliminar a cargo de Fernando Giobellina Brumana, Buenos Aires, Ed. Katz Editores, 2009. Y la obra que en la sección sobre Weber. El “hecho social” (a secas) es un concepto básico en la sociología y la antropología. Fue acuñado por Émile Durkheim en su libro “Las reglas del método sociológico” (1895). Refiere a todo comportamiento o idea

Derecho migratorio: un derecho no sólo cambiante, sino también a menudo contradictorio y oscilante. Presidido por la contingencia, la mutabilidad que expresa las dificultades de captación normativa del fenómeno y el diseño del modelo normativo de regulación tanto a nivel internacional como de los sistemas nacionales. De hecho, actualmente se asiste a nivel mundial y del espacio geopolítico de la UE a un intenso debate sobre un necesario nuevo modelo migratorio para el futuro inmediato, dado el agotamiento y desbordamiento del actual modelo regulativo imperante o dominante. Han mutado los flujos migratorios y se discute el diseño de las políticas migratorias que oscilan entre los modelos represivos y de integración. Y con ello, lo que subyace también es la concepción sobre la democracia y el auténtico alcance del régimen democrático en el tercer milenio. En tal sentido la lógica del principio democrático (al menos en la tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho) impondría la consagración de un estatuto jurídico de los derechos fundamentales de todas las personas basado en la igualdad de derechos en la diversidad: homogeneidad social (Hermann Heller)¹⁶ y no uniformidad social y cultural. Pero una política migratoria debe basarse en una regulación internacional de las migraciones internacionales y una política de cooperación entre los Estados desarrollados y los Estados subdesarrollados o en vías de desarrollo, en su caso. Es necesaria la cooperación activa entre todos los países involucrados en los procesos migratorios. Y esa colaboración tiene que partir de la búsqueda del *co-desarrollo* y la garantía efectiva de los derechos de las personas tanto en los países de origen como en los países de acogida; tanto en la inmigración de “ida” como de “vuelta” o “retorno”. Ello exige en el plano de la política jurídica la ratificación generalizada de la “Convención Internacional para la Protección de todos los Trabajadores Migrantes y de sus familias”, aprobado en el marco de la ONU, el 18 de diciembre de 1990. Esta Convención, así como otras normas internacionales (señaladamente las promulgadas en el marco de la OIT; Convenio OIT, núm. 97 (1949), Convenio OIT, núm. 143 (1975), Convenio

presente en un grupo social, sea respetado o no, y sea compartido o no. Define el hecho social como las maneras de obrar, sentir y vivir exteriores al individuo, que ejercen un poder coercitivo sobre su conducta orientándola en todo su desarrollo. Durkheim manifiesta en su concepción del hecho social cómo los caracteres culturales moldean a los sujetos y les predisponen a comportarse y pensar de una determinada manera, en concreto en función de los elementos culturales que el sujeto haya ido interiorizando a lo largo de su proceso de socialización, un proceso que durara toda la vida biológica y social. Se obtiene de esta clara relación el significado del hecho social por su claro condicionamiento de rasgos y actitudes culturales que influyen en el individuo tanto de forma consciente como de forma inconsciente y que le predisponen a actuar pensar de una determinada manera. Véase DURKHEIM, E.: Las reglas del método sociológico, Buenos Aires, Ed. La Pleyade, 1975.

¹⁶ HELLER, H.: “Democracia, política y Homogeneidad social” en Escritos Políticos, Estudio preliminar de A. López Pina, Madrid, Alianza Universidad, 1983; íd.: Teoría del Estado, Edición y Estudio Preliminar «La teoría político-jurídica de Hermann Heller», a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 2004.

OIT, núm. 157 (1982)...) parten de una reformulación de los derechos y de la ciudadanía para hacerlos recaer en la persona evitando que la ciudadanía nacional se constituya en un factor exclusión y no de integración social. Se puede hablar de una ciudadanía cosmopolita o ciudadanía de la persona más allá del principio de la nacionalidad de origen. Por ello mismo los derechos sociales, como derechos de desmercantilización que incluye a todos los derechos de Seguridad Social tienen que ser reconocidos y garantizados a todas las personas atendiendo a su situación social o laboral. Lo cual permite la atribución de todos los derechos sociolaborales a los extranjeros en las mismas condiciones que los nacionales del país de destino, de residencia o de trabajo.

El fundamento jurídico es nítido: Conforme al art. 22 de la DUDH, “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”. El PIDESC materializa este derecho proclamado, en el sentido del garantismo jurídico-político, estableciendo que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el *derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social*” (art. 9). Esta disposición se completa con otros preceptos que contemplan aspectos parciales de este derecho, como el art. 12 (“derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”), art. 10 (protección a la familia, protección de las madres a través de prestaciones adecuadas de seguridad social). En la Observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Nº 19, se precisa que “la formulación del art. 9 del Pacto indica que las medidas que se utilicen [por los Estados] para proporcionar las prestaciones de Seguridad Social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano”. A todo ello cabe añadir la “*Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias*”, adoptada, con rango de Tratado de la ONU, el 18 de diciembre de 1990 (entró en vigor el 1 de julio de 2003, después de ser ratificado por al menos veinte Estados conforme a lo dispuesto en el art. 87 de la Convención). Y ya resulta llamativo –y merecedor de la crítica más severa- el hecho de que entre los Estados que han ratificado la Convención no se encuentra –por el momento- ninguno perteneciente a la Unión Europea y a América del Norte, principales países beneficiarios (en su condiciones de receptores) de la mano de obra las personas migrantes. Los países que han ratificado la Convención, por el momento, son

principalmente Estados de origen de los flujos migratorios. La Convención es un instrumento fundamental de las Naciones Unidas que garantiza un conjunto de derechos sociales de Seguridad Social (v.gr., artículos 28, 43, 45,54, 64, etc.). Por lo demás, la Convención dispone que con el fin de observar su aplicación efectiva se crea un Comité de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (art. 72). La no ratificación por las grandes potencias mundiales y, en general, por los Estados desarrollados receptores de personas migrantes supone una ruptura de las reglas de juego en la gobernanza internacional de las migraciones.

En esa lógica se insertan –no sin insuficiencias evidentes- los Convenios y Tratados internacionales (suscritos también por España) en materia de Seguridad Social, que imponen la garantía de disfrute de todas las personas inmigrantes a las prestaciones de Seguridad Social, consagrando el principio de igualdad de trato (Señaladamente, los Convenios OIT, núm. 19, 29, 48, 97, 102, 105, 118, 128, 143 y 157, y asimismo los Tratados bilaterales y multilaterales en materia de Seguridad Social celebrados entre los países de acogida y los países emisores de flujos migratorios). Hay que tener en cuenta que el requisito de la nacionalidad está siendo sometido a un replanteamiento/revisión profunda tanto en la racionalidad interna de las normas internacionales en materia de Seguridad Social, como a nivel nacional, tendiéndose a superar tradicionales concepciones –a menudo situadas en una lógica de “proteccionismo interno”- que limitan el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y su aplicación a los trabajadores extracomunitarios que residen en países de acogida (especialmente en Estados miembros de la Unión Europea). Pero ha de superarse también la excepción al principio de igualdad de trato en razón a los trabajadores de países terceros que no residen legalmente en el territorio del país de acogida. Se ha de evitar la tentación de crear un Derecho de Seguridad Social especial y debilitado para los trabajadores inmigrantes irregulares, lo cual no sólo es injusto en términos sociales, sino también condenado al fracaso político-social. Ahora bien: existe un divorcio entre las grandes Declaraciones jurídico-formales y textos internacionales y los derechos positivos de los Estados; una fractura en cierta medida calculada institucionalmente para crear un estatuto jurídico propio del trabajador irregular. Téngase en cuenta la Recomendación OIT, núm. 202 (2012), sobre “Pisos” (o niveles) de protección social, la cual afirma “que el derecho a la Seguridad Social es un derecho humano”, por un lado, y por otro, la necesidad de establecer “Estrategias nacionales para extender la Seguridad Social”.

Por el contrario, este conjunto de normas internacionales *contribuye progresivamente a que los trabajadores extranjeros disfruten de derechos de Seguridad Social* (y en general de protección social pública). Aunque todavía se está muy lejos en la práctica de garantizar el principio de igualdad de trato con los nacionales de los países de acogida. Ciertamente, para los trabajadores regulares el avance ha sido muy significativo en la consecución del principio de igualdad de trabajo en el disfrute de los derechos de Seguridad Social. No así en el caso de los trabajadores irregulares o “ilegales” (sic. Las personas no son ilegales en sí)¹⁷, donde su posición jurídico-social es particularmente crítica (dejando a salvo –y con limitaciones- el derecho a la asistencia sanitaria y la reciprocidad de trato establecida a través de convenios bilaterales o multilaterales en materia de Seguridad Social). Los inmigrantes en situación irregular son objeto de privación de derechos de Seguridad Social, como el derecho a una asistencia sanitaria integral (limitada por el RD.-Ley 16/2012, de 20 de abril, que rompió el principio de universalidad del derecho humano a la salud y privó a los inmigrantes indocumentados de una asistencia sanitaria integral)¹⁸ y la protección por desempleo¹⁹. Para ellos debe garantizárseles una protección integral de Seguridad Social como personas que trabajan en el país receptor. En tales casos, la Seguridad Social se vincula tanto a las personas que trabajan y en situación de necesidad. Todo esto sin perjuicio de la necesaria colaboración

¹⁷ Con razón se ha señalado que el que los inmigrantes sean tratados como seres humanos “ilegales” supone una devaluación de la ciudadanía y un retroceso en los procesos de integración. Cfr. SASSEN, S.: *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza*, Madrid, Siglo XXI España, 2013, pág. 13.

¹⁸ Véase RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “Recortes, salud e inmigración: la controversia de la última reforma sanitaria”, Comunicación en VIII Congreso Migraciones Internacionales en España, García Castaño, F.J., Megías Megías, A. y Ortega Torres, J. (Eds.), Granada, Universidad de Granada/Instituto de Migraciones, 2015, págs. 246-247., realzando que la garantía del derecho a la cobertura sanitaria completa exige tras la reforma del art. 3ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, operada por el RD. 16/2012, que los extranjeros sean titulares de una autorización para residir en territorio español, sin ser suficiente el empadronamiento, que venía siendo la una condición formal exigida desde la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sucesivamente modificada. Puede consultarse también, RUBIO VELASCO, F.: “Aspectos puntuales de la inmigración irregular en el Sistema Nacional de Salud”, en VV.AA.: *Buenas Prácticas jurídico procesales para reducir el Gasto Social (III)*, Murcia, Ed. Laborum, 2015, págs. 95 y sigs.

¹⁹ Véase TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares”, en *Revista Aranzadi Social*, núm. 21 (2009); FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Los ‘renglones torcidos’ de la política jurídica de protección por desempleo del trabajador extranjero inmigrante”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 31 (2012); LÓPEZ INSUA, B.M.: “El desempleo de los trabajadores emigrantes comunitarios: emigración y retorno”, Comunicación en VIII Congreso Migraciones Internacionales en España, García Castaño, F.J., Megías Megías, A. y Ortega Torres, J. (Eds.), Granada, Universidad de Granada/Instituto de Migraciones, 2015, 318-319; MONEREO PÉREZ, J.L.: “El Sistema Español de Protección por Desempleo: eficiencia, equidad y nuevos enfoques”, Ponencia general en XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AEISS). *La protección por desempleo en España*, Madrid, 22 y 23 de octubre de 2015, Ed. Laborum, Murcia, 2015. En una perspectiva de conjunto, MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012: sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático-social”, núm. 157 (2013), págs. 17-62.

entre los países de origen y de acogida. Para los trabajadores irregulares la justicia social y el principio de seguridad jurídica imponen una adaptación eficiente del marco normativo e institucional regulador que evitase que se vulnerase en la práctica el principio de igualdad de trato. El texto constitucional –en conexión sistemática con el canon interpretativo del art. 10.2 CE– garantiza a la persona un núcleo irreductible de derechos como ámbito inviolable de la dignidad humana²⁰.

En nuestro ordenamiento interno se otorga validez instrumental al contrato suscrito por un trabajador en situación de irregularidad administrativa y se le reconocen el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social con excepción de la exclusión constitutiva de las prestaciones por desempleo para las cuales el art. 41 CE garantiza para toda persona que trabaja²¹. En efecto, se establece que 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

²⁰ Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: Derechos de Seguridad Social y movimientos transnacionales de personas, Ponencia General en VIII Congreso Migraciones Internacionales en España, García Castaño, F.J., Megías Megías, A. y Ortega Torres, J. (Eds.), Granada, Universidad de Granada/Instituto de Migraciones, 2015, *passim*.

²¹ En otro orden de ideas, resulta preocupante y carente de fundamentos sólidos desde el punto de vista constitucional y de la “justicia social” la expulsión de la acción protectora de los trabajadores inmigrantes irregulares (art. 36. 5 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; LOEXIS). Objeto de una exclusión legal constitutiva que no es coherente con el art. 41 CE, ni con la lógica general que informa al propio art. 36 de la LOEXIS, pues es una excepción al principio de equiparación general que establece dicho precepto. Priman aquí las razones económico-financieras sobre la finalidad social. Para los extranjeros extracomunitarios que residan legalmente en nuestro país el principio es de igualdad de trato en virtud de la Ley Orgánica 4/2000 (artículos 10.1 y 14 –“Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales”– LOEXIS). Hay que señalar que el Tribunal Supremo ha venido manteniendo la legalidad de la exclusión matizada de la prestación por desempleo del trabajador extranjero en situación irregular: el Tribunal Supremo rechaza que el extranjero en situación irregular tenga derecho a la prestación por desempleo, tanto por aplicación de la normativa vigente al momento del hecho causante, bajo el RD 864/2001, como con la del RD 2393/04 posterior. Entiende que el extranjero que tiene residencia en territorio nacional, aunque carezca de autorización para trabajar, puede acceder a las prestaciones de Seguridad Social, en pie de igualdad con los trabajadores nacionales, mientras que si carece de la primera solo tendrá derecho a las prestaciones que puedan corresponderle, siendo éstas las sociales básicas, sin perjuicio de la posible responsabilidad de daños y perjuicios del empresario por dar ocupación al trabajador extranjero irregular, según se desprende de la normativa aplicable y en tanto que no existen Convenios Internacionales que impongan tal derecho (STS de 18 de marzo de 2008, Rec. 800/07). Ello no obstante, una reforma coherente con el principio de igualdad de trato y con la lógica que informa el art. 41 CE tendría que suprimir dicha exclusión constitutiva de los inmigrantes irregulares con independencia de irregularidad de su situación administrativa. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: “El Sistema Español de Protección por Desempleo: eficiencia, equidad y nuevos enfoques”, Ponencia general en XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS). La protección por desempleo en España, Madrid, 22 y 23 de octubre de 2015.

modificará la situación administrativa del extranjero (art. 36.5 de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Art. 36 redactado por el apartado treinta y nueve del artículo único de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la misma). Ello implica que, salvo la excepción de las prestaciones por desempleo, el trabajador en situación administrativa irregular en España tiene acceso –en condiciones de igualdad de trato con los españoles y con los extranjeros en situación de regularidad- a las prestaciones contributivas y asistenciales de la Seguridad Social, pero también a las prestaciones asistenciales (incluyendo las Rentas Mínimas de Inserción) y servicios sociales a cargo de las Comunidades Autónomas. Aparte de todo ello no debe olvidarse que no son pocos los textos internacionales que reconocen el derecho a la Seguridad Social de toda persona como proyección de la dignidad humana (Así, art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 9 del Pacto Internacional de Derecho Económicos y Sociales; los artículos 12-14 de la Carta Social Europea Revisada de 1996)²².

Por otro lado, subsisten problemas de efectividad respecto a los trabajadores “regulares” (o “documentados”, en la terminología de la OIT) en lo relativo a la *portabilidad* de las prestaciones de Seguridad Social vinculados al cumplimiento de los requisitos del Estado receptor o de destino, y a la persistencia de formas directas o indirectas de discriminación y de injusticia social. Estas restricciones o limitaciones relativizan en la práctica político-jurídica la configuración en ámbito internacional del derecho a la Seguridad Social como un derecho humano fundamental y, por tanto, de carácter universal. Siendo así que son formalmente titulares del mismo todas las personas con independencia de su nacionalidad (al margen, pues, de la condición de nacionalidad; paradigmáticamente, art. 22 de la DUDH y artículos 99, 10.1 y 12 del PIDESC; cfr. Convenio OIT, núm. 102, “Norma mínima de Seguridad Social”).

Son tres los principios fundamentales que caracterizan a la Seguridad Social en el *estándar universalista* de la OIT y en gran medida en los modelos nacionales más avanzados de protección social pública:

a) Respecto al objeto, rige el principio de globalidad o totalidad, toda vez que el objeto de la Seguridad Social tiende a proteger las situaciones de necesidades de los individuos con independencia de la distinta naturaleza de los acontecimientos causantes de las mismas.

b) En cuanto al campo de aplicación de la Seguridad Social, entra en escena el principio

²² Puede consultarse, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social”, en VV.AA.: El Sistema Universal de los Derechos Humanos, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2014.

de universalidad subjetiva, en coherencia con la tendencia a proteger a toda la población, reconociendo igual derecho a la protección a todo individuo residente sin limitaciones o discriminaciones de clase o nacionalidad. De ahí que, en coherencia y en términos de principio, los extranjeros y los nacionales del país de acogida deben compartir los mismos derechos y deberes dentro del mismo sistema nacional de Seguridad Social. Esa equiparación se construye con base a dos grandes principios del Derecho internacional de la Seguridad Social que atienden el carácter nacional, territorializado y diverso en su configuración y estructura de los Sistemas de Seguridad Social, a saber: el principio de igualdad de trabajo y el principio de conservación de los derechos adquiridos o expectativas de disfrute futuro de los mismos por parte de las personas extranjeras (o nacionales del país de acogida). Su puesta en práctica –esto es, su aplicación efectiva- exige la instauración no sólo de instrumentos jurídicos internacionales (normas internacionales generales y convenios o tratados bilaterales y multilaterales), sino también de mecanismos eficaces de cooperación internacional entre los Estados implicados en los flujos migratorios. Esa colaboración es una garantía de eficacia de los derechos internacionales de Seguridad Social. Lógicamente, la situación es distinta para los trabajadores que gozan de la ciudadanía laboral comunitaria (trabajadores nacionales de países miembros de la Unión Europea), sujetos a un régimen especial y específico distinto al de extranjería en sentido estricto; un régimen protector que parte de la consagración y respeto del principio de igualdad y no discriminación en materia de titularidad y disfrute de los derechos de Seguridad Social (Reglamento (UE) 492/2011, de 5 de abril, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión). Y lo hace en coherencia con la atribución del derecho fundamental de libre circulación en el espacio europeo. Más allá de ello, la diversidad de sistemas nacionales de Seguridad Social en Europa ha propiciado tan sólo la instauración –como exponente de una decisión de política del Derecho- de sistemas de coordinación comunitaria de las prestaciones de Seguridad Social (Reglamento (UE) 883/2004, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social), renunciando, por el momento, a utilizar la técnica de armonización de las legislaciones nacionales reguladoras de prestaciones de Seguridad Social.

La OIT obliga a los Estados a adoptar y ampliar medidas de protección social pública – Seguridad Social y protección de los trabajadores- que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de “la ampliación de la Seguridad Social a todas las personas, incluidas 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” (Declaración de la OIT 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, p. 10). En este sentido, deben crearse las condiciones de una migración regular, que no afecte negativamente al disfrute efectivo de los derechos de Seguridad Social de las personas que se desplazan o circulan para trabajar. Tiene que superarse –o al menos relativizarse a estos efectos- la distinción entre la migración regular e irregular como condicionante absoluto del disfrute de los derechos de Seguridad Social. En este sentido no pueden extrapolarse las “técnicas de control” de los flujos migratorios con las “técnicas de garantía” del derecho social fundamental a la Seguridad Social.

c) En lo que concierne a las prestaciones públicas a dispensar, rige formalmente el principio de igualdad, ya que la Seguridad Social se orienta a la protección en condiciones de igualdad de todos los miembros de la población protegida. Es de destacar la tendencia a conceder como mínimo una renta de sustitución o compensación establecida para todos en un tipo uniforme, equiparable a la noción de "mínimo nacional" (expresión "*nationalminimum*" que es debida al Informe Beveridge)²³. Ese mínimo de protección dispensada debe permitir la atención a las necesidades de la vida digna y estará inevitablemente sometido (y condicionado por) a la ponderación de las condiciones económicas existentes, ya que el marco económico condiciona las políticas de seguridad social. Se impone el compromiso del sistema político democrático de garantizar derechos y formular y aplicar políticas nacionales para garantizar la igualdad de trato en el acceso a todas las prestaciones de Seguridad Social. Para la OIT el contenido esencial del derecho fundamental a la Seguridad Social lo compone un conjunto integrado de prestaciones básicas que hacen reconocible este derecho social: asistencia sanitaria básica de carácter universal; prestaciones familiares; prestaciones de asistencia social y un sistema de pensiones básicas universales para la vejez, invalidez y supervivencia (cfr. Convenio OIT, núm. 102). Se trata en la práctica de que las personas migrantes disfruten efectivamente de todas las prestaciones de Seguridad Social, superando los problemas jurídicos e institucionales de la *exportabilidad* de algunas prestaciones (Es el caso, harto problemático, de la asistencia sanitaria, pero que como prestación técnica de servicios podría ser objeto de reciprocidad de trato y de vías de reembolso y compensación de gastos) y la superación de la diversidad de requisitos de acceso a las prestaciones derivadas de modelos y “culturas” de Seguridad Social a través de instrumentos internacionales o de mecanismos de coordinación homogeneizadora de sistemas

²³ Informe de WILLIAM BEVERIDGE: Seguro social y servicios afines, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

nacionales más idóneos que los actualmente disponibles a escala universal y europea en particular²⁴.

La Seguridad Social, *como derecho social fundamental* que es, apunta a proteger la libertad real o fáctica de todas las personas (los instrumentos internacionales fundamentales se dirigen, en principio, a todas las personas), toda vez que la libertad jurídica puede perder todo su valor efectivo si la persona no dispone de los presupuestos fácticos para poder ejercerla (las condiciones materiales y espirituales en tanto presupuestos de la autodeterminación y ejercicio de libertades jurídicas). De ahí que el objeto típico de los derechos sociales es el mínimo existencial según el grado de civilización y desarrollo alcanzado en cada momento histórico por una determinada sociedad. De este modo, el derecho a la Seguridad Social, como derecho de prestación pública, involucra, entre otras cosas, un *problema de distribución justa* a través de una actuación positiva del Estado o poder público. Por ello mismo, el derecho a la Seguridad se expresa en el derecho a acciones positivas que imponen al Estado (en su calidad de sujeto responsable del deber de protección social) la persecución de determinados objetivos y la obligación jurídica de satisfacer las prestaciones sociales que concretan y materializan el derecho a la Seguridad Social como derecho de estructura jurídica compleja. Son derechos del individuo frente al Estado respecto a prestaciones sociales.

Con todo, estas normas internacionales (generales y regionales europeas) de Seguridad Social tienen una eficacia aplicativa general, y a menos que se especifique lo contrario, los instrumentos normativos (señaladamente los emanados y adoptados por la OIT) cubren a las personas migrantes (entendiendo por trabajador migrante, la persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo, incluyendo a refugiados y desplazados; o, como expresa la Convención de la ONU de 1990, “se entenderá por “trabajador migratorio” todo trabajador que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”; art. 2.1) sin distinción de nacionalidad, permiso de trabajo, estancia (permanentes o temporales) y con independencia de su situación migratoria regular o irregular. Estos instrumentos que garantizan en el plano jurídico la Seguridad Social como un derecho humano fundamental no invaden la soberanía de los Estados en relación a su poder de regular el acceso a su territorio y su mercado de trabajo, pero sí limitan y condicionan sus políticas y sistemas jurídicos a través de la exigencia de respecto a los derechos

²⁴Los ciudadanos europeos que viajen dentro del Espacio Económico Europeo pueden utilizar la Tarjeta Sanitaria Europea. Esta tarjeta facilita el acceso a la asistencia sanitaria médica durante una estancia temporal en otro país de la Unión tanto por motivos personales como profesionales.

fundamentales de los trabajadores migrantes (Señaladamente, en lo que aquí más interesa, los derechos de Seguridad Social).

3 LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN EL ESPACIO EUROPEO

En el espacio europeo las dos Cartas Europeas de Derechos Fundamentales (la Carta Social Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) se insertan en la lógica garantista de los derechos de Seguridad Social. La Carta de la Unión 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”. Por otra parte, se dispone 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. Y, por último, se establece 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” (art. 34.2 CDFUE)²⁵. Así pues, en gran medida, el ejercicio de estos derechos de Seguridad Social depende de “las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”. Su aplicación efectiva atiende, por el momento, a lo predispuesto en los sistemas nacionales de Seguridad Social (las regulación sustancial de las prestaciones de Seguridad Social continúa estando “nacionalizada”, sin que existe un “zócalo mínimo” –o umbral 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 permite evitar (o al menos atenuar) los impedimentos a la aplicación de las distintas legislaciones nacionales de Seguridad Social a los trabajadores en el espacio de la Unión Europea.

²⁵ Puede consultarse 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, Granada, Ed. Comares, 2007, págs. 893 y sigs.

Pero los preceptos sin duda centrales al más alto nivel en materia de Seguridad Social en Europa se insertan en el sistema normativo interno de la Carta Social Europea Revisada de 1996. Se trata ante todo del art. 12, que consagra el “*Derecho a la Seguridad Social*”, siendo de realzar que se le confiere un contenido mínimo esencial (y legal) y un mandato imperativo a los Estados signatarios, pues impone inmediatamente que “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes se comprometen: 1 a establecer o mantener un régimen de Seguridad Social; 2 a mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; 3 a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social; 4 a adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los *desplazamientos que las personas protegidas* pudieran efectuar entre los territorios de las Partes; b la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes”.

Las políticas migratorias de la Unión Europea están dirigidas inicialmente a controlar las fronteras restringiendo el acceso de los nacionales de terceros países al territorio de europeo. Pero una vez que las personas extracomunitarias entran en el espacio europeo se genera una dinámica hacia una más intensa integración, aunque ciertamente hay actualmente una peligrosa tendencia a dismantelar o limitar los derechos de los extranjeros residentes. Tan sólo hay algunos eslabones de la construcción de esa *ciudadanía “post-nacional europea”* o cosmopolita (sobreañadida a la nacional, y que en puridad cuestionaría la idea de la ciudadanía como título exclusivo de dotación de derechos) en el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales a la persona a nivel del Derecho Internacional de los derechos humanos y en el marco del Derecho de la Unión Europea el título de atribución de derechos basado en la *residencia y en la realización de una actividad profesional* en el espacio económico europeo. Ello cuestiona la idea de ciudadanía como título de dotación exclusiva de derechos. Paradigmática resultan algunas Directivas sociales comunitarias, como señaladamente:

a) Directiva 2003/109/CE, del Consejo de 24 de noviembre de 2003, sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Esta Directiva, especialmente, se sitúa en una lógica de integración a través de los derechos, atribuyendo éstos no con base a la condición de ciudadanía –ni siquiera comunitaria- sino a la *residencia* de larga duración. La cual ha sido modificada por la Directiva 2011/51/UE, de 11 de mayo, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional.

Para estos residentes de larga duración se reconocen los derechos de Seguridad Social sobre la base del principio de igualdad de trato inherente a la libre circulación de trabajadores (de la cual también gozan o disfrutaban en virtud de ese estatuto de *derechos de ciudadanía/integración europea*).

b) El Reglamento (UE) nº 1231/2010, de 24 de noviembre, por el que se amplía la aplicación de los reglamentos de coordinación a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos, vigente desde enero de 2011, amplía las normas modernizadas de coordinación de la Seguridad Social en la UE a los ciudadanos de terceros países que residan legalmente en la UE y en situación transfronteriza, los cuales, por razón de su nacionalidad, no estaban cubiertos por los Reglamentos anteriores. La idea fuerza que lo preside es la mejora de la integración de los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros concediéndoles un conjunto de derechos uniformes que se asemejen todo lo posible a los que disfrutaban los ciudadanos de la Unión (Exposición de Motivos). En tal sentido en el art. 1 del Reglamento (UE) nº 1231/2010, se establece que “El Reglamento (CE) nº 883/2004 y el Reglamento (CE) nº 987/2009 se aplicarán a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén aun cubiertos por los mismos, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, siempre que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado miembro y siempre que su situación no está circunscrita, en todos sus aspectos, al interior de un solo Estado miembro”.

c) En esa dirección de política del Derecho se inserta la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece 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. La Directiva tiene un doble objeto: 1) establecer un procedimiento único de solicitud para la expedición de un permiso único que autorice a los nacionales de terceros países a residir con

el fin de trabajar en el territorio de un Estado miembro de estas personas y de facilitar el control de su estatuto (Se entiende por “permiso único, “el permiso de residencia expedido por las autoridades de un Estado miembro por el que se autoriza a un nacional de un tercer país a residir igualmente en su territorio con el fin de trabajar”; art.2.c) de la Directiva), y 2) establecer un *conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente* en un Estado miembro, basado en la igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado miembro” (art.1.1). Esta regulación no supone privatización de ciertas competencias inherentes a la soberanía nacional, en el sentido de que dicha Directiva se entiende sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros para regular el acceso de nacionales de terceros países a sus mercados laborales (art.1.2). Es de hacer notar que la obtención del “permiso único” determina la atribución de un *estatuto jurídico de derechos, es decir, “derechos asociados al permiso único”*. Entre ellos, señaladamente, los derechos de Seguridad Social.

d) En una lógica de integración se sitúa el Reglamento (UE) nº 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo que crea el Fondo de Asilo, Migración e Integración (FAMI), que cofinancia parte de las subvenciones que se convocan y que pretenden contribuir a la gestión eficiente de los flujos migratorios y a una política de inmigración común, que respete plenamente los derechos y principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Por otra parte, de acuerdo con el art. 2 del Reglamento (UE) nº 1304/2103, del Parlamento y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, relativo al Fondo Social Europeo (FSE), entre las misiones del mismo se encuentran la promoción de niveles elevados de empleo y de su calidad, la mejora del acceso al mercado laboral, el fomento de la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, apoyar la transición de la educación al empleo entre los jóvenes, luchar contra la pobreza, auspiciar la inclusión social y fomentar la igualdad de género, la no discriminación y la igualdad de oportunidades, contribuyendo a la cohesión económica, social y territorial. El Reglamento de Ejecución (UE) 1011/2014, de la Comisión de 22 de septiembre de 2014, establece normas detalladas para la aplicación del Reglamento (UE) 1303/2013 en lo que respecta a los modelos para la presentación de determinada información a la Comisión y normas detalladas sobre los intercambios de información entre beneficiarios y autoridades de gestión, autoridades de certificación, autoridades de autoría y organismos intermedios. Este conjunto normativo europeo se proyecta bajo la idea-fuerza de eliminar los obstáculos que pueden impedir a los nacionales de terceros países en situación regularizada el pleno uso y disfrute de sus derechos y que pueden

incidir de manera directa en su régimen jurídico. Para ello se toma en consideración tanto las cuestiones de ciudadanía como las relacionadas con la diversidad cultural y religiosa, la participación y los derechos políticos de los inmigrantes, todo ello en un marco global y coherente a largo plazo que tenga en cuenta las distintas condiciones locales y las necesidades específicas de grupos particulares, teniendo como objetivo último aumentar la cohesión social en los distintos países. Lo que permite incluir, por ejemplo, programas de acogida integral para la atención de las necesidades básicas y de apoyo a la inserción de personas inmigrantes nacionales de terceros países y programas de empleo. Siendo el objeto último de estos programas el fomento de la plena participación de la población inmigrante procedente de terceros países en la sociedad y en la economía española en condiciones de igualdad. Para el caso de España, véase la Resolución de 3 de junio de 2015, de la Dirección General de Migraciones, por la que se convocan subvenciones para el desarrollo de programas dirigidos a personas inmigrantes nacionales de terceros países (en situación regularizada).

e) En parte, se sitúa en esa dirección de la integración a través de los derechos, la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar. El objetivo de la esta Directiva es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros (art. 1). Se entiende por (a) *nacional de un tercer país*, cualquier persona que no sea ciudadana de la Unión; y por (b) *refugiado*, cualquier nacional de un tercer país o apátrida que goce de un estatuto de refugiado en los términos de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967 (art. 2). La situación de los refugiados requiere una atención especial, debido a las razones que les obligaron a huir de su país y que les impiden llevar en el mismo una vida de familia. A este respecto, conviene prever condiciones más favorables para el ejercicio de su derecho a la reagrupación familiar. Mientras que para los nacionales de un tercer país sin más se imponen las facultades previstas en el art. 7 de la Directiva²⁶, respecto a los refugiados “los Estados

²⁶ Artículo 7. 1. “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; b) un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el Estado miembro de que se trate, para sí mismo y los miembros de su familia; c) 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”.

miembros no exigirán al refugiado o a los miembros de su familia, respecto de las solicitudes relativas a los miembros de la familia mencionados en el apartado 1 del art. 4, que presente la prueba de que el refugiado cumple los requisitos establecidos en el art. 7”, aunque “los Estados miembros podrán exigir que el refugiado reúna los requisitos mencionados en el apartado 1 del art. 7 cuando la solicitud de reagrupación familiar no se haya presentado en el plazo de tres meses a partir de la concesión del estatuto de refugiado”.

f) En la lógica de la integración, 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 (refundición)²⁷. En la regulación normativa del contenido del Estatuto protector de los refugiados y asimilados se garantizan los derechos de Seguridad Social. Así, conforme al art. 26.4 de la Directiva a las personas beneficiarias de la protección internacional “se les 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”.

En el polo apuesto a la lógica de integración se encuentra, por un lado, la ineffectividad práctica de las normativas relativas a los refugiados y al derecho de asilo, y por otro, la política europea de control de seguridad de los flujos migratorios y de retorno y “expulsión” de los inmigrantes extracomunitarios.

Por lo demás, en el marco de la Unión Europea se ha neutralizado prácticamente en llamado “asilo por razones humanitarias”²⁸. Muchos solicitantes de asilo quedan en una

²⁷ La Directiva 2013/32/UE, establece los procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional. Por su parte, la Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio, regula las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional.

²⁸ Ello no obstante, la Disposición Transitoria Segunda Normativa aplicable a las personas autorizadas a residir en España por razones humanitarias de la vigente Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria establece que: “Las personas que hubieran obtenido una autorización para permanecer en España por razones humanitarias conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y en los términos de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 31 de su Reglamento de aplicación, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, podrán beneficiarse del derecho a la protección subsidiaria previsto en esta Ley”.

Paradigmáticamente, en España, con la reforma de la Ley 5/1984 por la Ley 7/1994 (la Ley 5/1984 fue derogada por la Disposición Derogatoria Única Derogación normativa de la citada Ley 12/2009), supuso, en su momento, la desaparición como tal de la figura del asilo por razones humanitarias y la reconducción de estas situaciones a la normativa de Extranjería. En efecto, conforme al art. 17 de la Ley 5/1984, modificada: “por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el

situación entre paréntesis sin derechos a la espera de su reconocimiento que a menudo no llega nunca, 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 trabajar en la economía sumergida sufriendo privaciones y precariedad laboral: no puede conseguir empleo en la economía legal, con empleos regulares. El extranjero que es acogido recibe un trato frecuentemente indigno no inferior o incluso superior a los inmigrantes económicos (o inmigrantes laborales), y sólo tienen acceso a un núcleo muy limitado de derechos de ciudadanía (ciudadanía limitada o restringida). Con ello se contradice la esencia del derecho de asilo como instrumento para la protección internacional efectiva de los derechos fundamentales.

La legislación de la UE respecto al retorno se enmarca en lo principal en la lucha contra la inmigración irregular y en la gestión integrada de los flujos de las personas inmigrantes en situación irregular. Se quiere impedir que se produzcan regulaciones masivas o generalizadas.

La situación de estos colectivos se hace, pues, especialmente vulnerable. La “inmigración indocumentada” no deja de aumentar generando serios conflictos y problemas de marginación e integran. Estas personas en situación administrativa irregular son objeto de máxima explotación laboral convirtiéndose en un ejército de reserva de mano de obra barata que, además, tiene la virtualidad de presionar al empeoramiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores regulares de la economía formal. Tal es la entidad de la cuestión social de los migrantes irregulares que la OIT ha acometido una amplia acción de defensa de tales colectivos en el marco de la lucha por el trabajo decente. Es de realizar, señaladamente, la aprobación de la Recomendación OIT, núm. 204, de 1 de junio de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal. En esta Recomendación se constata la alta incidencia de la economía informal, en todos sus aspectos, representa un importante obstáculo para los derechos de los trabajadores, con inclusión de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, así como para la protección social, las condiciones de trabajo decente, el desarrollo inclusivo y el Estado de derecho, y tiene consecuencias negativas para el desarrollo de empresas sostenibles, los ingresos públicos y el ámbito de actuación de los gobiernos, en particular por lo que se refiere a las políticas económicas, sociales y

número 1 del artículo tercero de esta Ley”. Para esta situación anterior, véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “El derecho de asilo”, en Cabeza Pereiro, J. y Mendoza Navas, N. (Coords.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2008, págs. 325-326.

ambientales, así como para la solidez de las instituciones y la competencia leal en los mercados nacionales e internacionales;

Se ha de reconocer que la mayoría de las personas que se incorporan a la economía informal no lo hacen por elección, sino como consecuencia de la falta de oportunidades en la economía formal y por carecer de otros medios de sustento. Su situación es la propia del trabajo “indecente” o “indigno”, con la consiguiente denegación de los derechos en el trabajo y los derechos de Seguridad Social. En el caso de los “inmigrantes indocumentados” o irregulares, aunque formalmente sí se les reconozca derechos generales como personas (incluidos ciertos derechos de Seguridad Social), ven cuestionados en la práctica sus derechos económicos, sociales y políticos. Además de su situación de inseguridad reciben el rechazo social y son víctimas de las políticas de “tolerancia cero” con las medidas represivas del Estado de Seguridad que se viene implantando en los países desarrollados de acogida²⁹. Es visible cómo en el mismo espacio europeo se está restringiendo y poniendo en cuestión la libertad de circulación de trabajadores. Y cada vez más se endurecen los requisitos para ser inmigrante regularizado (con las pertinentes “autorizaciones” o “permisos” administrativos) y cuando acceden a esa condición en la práctica no alcanzan más que una ciudadanía restringida, es decir, una ciudadanía *incompleta* sin plenos derechos y, por tanto, más vulnerables para ser objeto de explotación y a ser, así, mano de obra barata. En materia de protección social pública reciben más medidas asistenciales que las propias de la Seguridad Social contributiva. A ello se suman las políticas de retorno supuestamente “voluntario” de los inmigrantes “regularizados” en los períodos de crisis económica. Pero también las políticas interesadas de algunos países que favorecen o se ven obligados la “exportación” (sic.) de trabajadores. Entre ellos y los países de acogida suelen celebrarse acuerdos en materia de Seguridad Social. En el fondo, ello supone una transgresión del principio ancilar de que el trabajo no es una mercancía objeto de comercio como se consagraba en la Declaración de Filadelfia, 1944, la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su

29 El desmantelamiento progresivo del Estado Social en el marco de la desregulación sociolaboral imprimida por las políticas neoliberales necesita y exige la instauración de la forma política de “Estado penal” o Estado de seguridad. Véase WACQUANT, L.: Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social, Barcelona, Ed. Gedisa, 2010. Para su proyección en las políticas migratorias, puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: “Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras”, en Revista de derecho migratorio y extranjería, n.º. 34 (2013), págs. 11-67.; Íd.: Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, págs. 551 y sigs. (“La criminalización de los débiles. El advenimiento del “Estado penal” o “Estado de seguridad” y las políticas migratorias represivas.

seguimiento, 1998, y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008 (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). El objetivo de Recomendación OIT, núm. 204 es facilitar a los miembros de la OIT orientaciones para: *a)* facilitar la transición de los trabajadores y las unidades económicas desde la economía informal a la economía formal, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores y garantizando oportunidades de seguridad de los ingresos, medios de sustento y emprendimiento; *b)* promover la creación, preservación y sustentabilidad de empresas y de empleos decentes en la economía formal, así como la coherencia de las políticas macroeconómicas, de empleo, de protección social y otras políticas sociales, y, en fin, *c)* prevenir la informalización de los empleos de la economía formal. Y hacerlo, entre otros “principios rectores”, mediante el logro del trabajo decente para todos, a través del respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en la legislación y en la práctica; y asimismo materializándolos jurídicamente en normas internacionales del trabajo actualizadas que proporcionan orientaciones en ámbitos de políticas específicos (la promoción de estrategias de desarrollo sostenible, erradicación de la pobreza y crecimiento inclusivo, y la generación de empleos decentes en la economía formal; el establecimiento de pisos de protección social, cuando no existan³⁰, y la extensión de la cobertura de la Seguridad Social, etcétera).

³⁰ OIT: Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa, Cuarto punto del orden del día Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, OT, 2011. En este Documento se indica que: El Convenio núm. 102 no requiere la cobertura universal, ni tampoco un conjunto completo de prestaciones de seguridad social esenciales (es decir, pisos de protección social nacionales) para garantizar una protección básica a lo largo de todo el ciclo de vida. Tampoco ofrece a los países orientaciones para establecer un orden de prioridad y una secuencia de las prestaciones que han de otorgarse, que tengan en cuenta las necesidades más urgentes en materia de protección y los recursos disponibles en el país (Punto 38). En vista de que las normas actualizadas de la OIT relativas a la seguridad social ofrecen posibilidades limitadas de lograr que el derecho a la seguridad social se convierta en una realidad para todos, se necesita una nueva recomendación. Debería elaborarse con el fin de hacer efectivo, en la legislación y en la práctica, el principio de la plena cobertura de la seguridad social para todos aquellos que necesiten esa protección, tan pronto como sea posible. Más importante aún, el objetivo sería, en primer lugar, proteger a aquellos que en la actualidad están desprotegidos, los pobres y los más vulnerables, incluidas las personas que trabajan en el sector informal de la economía y sus familias, a fin de asegurarse de que reciben efectivamente prestaciones de seguridad social esenciales a lo largo del ciclo de vida. El instrumento también debería respaldar una estrategia de desarrollo moderna basada en la búsqueda simultánea del desarrollo económico y social a través de la reducción de la pobreza, la desigualdad y la enfermedad, y ayudar a los Estados Miembros de la OIT a organizar, lo más rápidamente posible, la seguridad social básica para todos aquellos que la necesitan, a fin de suprimir los déficit de cobertura que aún persisten (punto 39). Se realza aquí la íntima vinculación entre los niveles de desarrollo económico y los movimientos migratorios y que un enfoque global de las migraciones no puede nunca desconocer. Véase la Recomendación, núm. 202), relativa a los pisos nacionales de protección social (adoptada en Adopción: Ginebra, 101ª reunión CIT (14 junio 2012) y el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, aprobado por el Consejo Europeo de 15 de octubre de 2008, Documento núm. 131/189/08 ASIM 68 (Véase también Comunicación de la Comisión, sobre el Método de seguimiento para supervisar la aplicación del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, Bruselas, 10.6.2009

(1º) La política europea de retorno se inscribe en la lucha contra la inmigración irregular. Este es el enfoque que preside la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, la cual pretende facilitar el retorno voluntario de los inmigrantes y llegado el caso, la expulsión forzosa de los inmigrantes irregulares sino se produce el retorno voluntario. Subyace esa idea matriz de la expulsión forzosa de las personas migrantes por encima de la retórica del retorno voluntario alentado o incentivado por los poderes públicos.

De ahí el sentido político jurídico deducible de las normas que se han venido dictando desde la Decisión nº 575/2007/CE de 23 de mayo de 2007, que creo el Fondo Europeo para el Retorno para el periodo 2008-2013³¹. Se trata, en el fondo, de normas de alentamiento público del retorno de las personas migrantes hacia los países afectados por los desplazamientos migratorios, pero desde una perspectiva instrumental ignorando en lo principal la perspectiva de los derechos, esto es, del retorno como derecho subjetivo social de la persona migrante.

Para los ciudadanos europeos se parte del derecho de libre circulación de trabajadores como derecho matriz que comprende dentro de su contenido esencial un haz de derechos entre los que se incluye el derecho a la Seguridad Social no en el sentido de armonización (que

COM(2009) 266 final). En el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo se alcanzó cinco compromisos básicos, que continuaron desarrollándose y traduciéndose en medidas concretas, a saber: – organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinadas por cada Estado miembro, y favorecer la integración; – combatir la inmigración irregular, garantizando, entre otras cosas, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular; – fortalecer la eficacia de los controles en las fronteras; – construir una Europa de asilo; – crear una colaboración global con los países de origen y de tránsito que favorezca las sinergias entre la migración y el desarrollo.

³¹ Véase GALLEGO LOSADA, R.: “La inmigración de retorno desde España. ¿Una respuesta a la crisis? Análisis jurídico y económico”, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 105 (2013), págs. 95 y sigs., en particular págs. 100-101. De referencia, los ensayos de CHARRO BAENA, P.: “El retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: La capitalización del desempleo”, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 105 (2013), págs. 69 y sigs.; CHARRO BAENA, P. y BENLLOCH SANZ, P. (Dir. Coord.): La política migratoria en materia de retorno de extranjeros extracomunitarios. Migración y retorno. Aproximación conceptual e histórica, Murcia, Ed. Laborum, 2013, donde Charro Baena distingue diversos tipos de retorno: retorno ordinario y voluntario, retorno asistido, retorno incentivo y el retorno en el marco de los programas de migración temporal y circular; y, por otra parte, apunta a que uno de los motivos del fracaso de las políticas de retorno es que, tanto desde los países de acogida o adopción como desde los de origen, no contemplan el retorno desde su configuración de derecho fundamental. En los países de acogida, el retorno se visualiza como un fenómeno que coadyuva a paliar las dramáticas cuotas de desempleo. Desde los países de origen, se insta la reinserción económica y productiva del retornado y su familia; al retornado en situación de vulnerabilidad tan solo se le brindan, en términos generales, ayudas y atención de emergencia. Ambas están abocadas al fracaso porque contempla al retornado como protagonista único de su propio desarrollo; de ahí que proliferen los programas o medidas que promueven el retorno productivo (págs.15-34). Para la problemática de la “devolución” de los extranjeros, véase las atinadas observaciones hechos por DE LA VILLA GIL, L.: “La devolución de los extranjeros y la prohibición de entrada en España a tenor de la legislación orgánica y de la doctrina del Tribunal Constitucional”, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 105 (2013), en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 105 (2013), págs. 313 y sigs.

actualmente no está disponible en esta materia), sino en el sentido de la coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Las instituciones de la UE desde los Reglamentos de coordinación que se aprobaron en 1971 y 1972 consideran que la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la UE es estrictamente necesaria para apoyar la libre circulación de personas en el espacio territorial de la Unión. Se ha producido una modernización de todo el sistema legislativo a partir del Reglamento (CE) nº 883/2004. Pero, por el momento, se ha rehusado establecer normas mínimas sustantivas armonizadoras o de aproximación de las legislaciones nacionales en materia de prestaciones. Pese a que cada vez resulta más problemática la inexistencia de una ordenación de normas mínimas europeas que vaya más allá de la simple coordinación entre legislaciones nacionales muy diferentes. Baste pensar, por ejemplo en los arduos problemas que están planteándose respecto al desempleo. De ahí que actualmente se esté debatiendo seriamente sobre la posibilidad de establecer una Directiva sobre prestación comunitaria de desempleo (A la par que sobre la posibilidad de instaurar una renta mínima garantizada europea como prestación de Seguridad Social Asistencial).

Los conflictos que se suscitan al respecto son cada vez más abundantes (Por ejemplo, STJUE de 5 de febrero de 2015, asunto C-655/13, sobre los problemas planteados por los trabajadores fronterizos en paro total o parcial y la materialización de su derecho a que se le concedan determinadas prestaciones de desempleo). Prueba de ello son las iniciativas en curso (y todo hay que decirlo, de deseable instauración más allá de los problemas que presenta su materialización jurídica en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea) sobre la creación de una prestación comunitaria de desempleo para todos los países miembros de la Unión. Una propuesta de establecer un “Seguro de desempleo básico europeo” (Estabilizadores Automáticos). El esquema europeo abarcaría parcialmente el desempleo cíclico a través de una prestación básica; los Estados Miembros podrían completar o no, o extender el seguro de acuerdo con sus circunstancias nacionales. Esta prestación básica representaría una red de seguridad europea para los Estados miembros³². No es irrelevante que distintos partidos

³² En el Consejo EPSCO informal de julio de 2014 se celebró un Taller, dentro del marco del Plenario de Objetivos de Pobreza y Revisión de Estrategia 2020, sobre: Estabilizadores automáticos para la UME: ¿Hacia un sistema común de prestaciones por desempleo? Entre las principales opciones manejadas hasta la fecha sobre estabilizadores fiscales automáticos a nivel de la Unión Monetaria se ha barajado una tercer opción consistente en disponer un seguro de desempleo básico a nivel europeo potencialmente siempre abierto. Se parte de la premisa de que el desempleo alcanza niveles insostenibles, existe una desigualdad creciente, y podría ser útil una estrategia que cree en la Unión Europea un mecanismo de seguro frente al riesgo de un desempleo excesivo. Los sistemas en cada Estado miembro son muy diferentes (y difíciles de armonizar), tener estabilizadores automáticos a nivel europeo podría contribuir a reducir los shocks existentes. Un sistema europeo de seguro de

políticos, en nuestro país, hayan asumido en sus programas iniciativas para una Europa Social que, entre otras cosas, establezca un “seguro europeo de desempleo que complemente los sistemas nacionales” de protección por desempleo para hacer frente a las consecuencias de la alta tasa de paro cíclico en la Unión, especialmente en países de la Europa del Sur (incluida España)³³.

El sistema de coordinación comunitaria encuentra su fundamento jurídico en los artículos 48, 153, 156 y 352 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), y en el principio básico del que se parte es el de la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de personas entre los Estados miembros. Con esta finalidad instrumental, se adoptan medidas en materia de Seguridad Social que impidan o eviten que los ciudadanos de la UE (o asimilados a ellos) que trabajen y residan en un Estado miembro distinto al suyo de origen pierdan una parte o la totalidad de sus derechos de Seguridad Social. Perspectiva, la adoptada, ciertamente instrumental.

En el año 2004 se aprobó el Reglamento de coordinación (Reglamento (CE) nº 883/2004) para sustituir y ampliar el Reglamento (CEE) nº 1408/71, el cual sería completado para su ejecución con el Reglamento de aplicación (Reglamento (CE) nº 987/2009).

El sistema comunitario de coordinación parte de una premisa y se basa en cuatro principios fundamentales del sistema comunitario de coordinación. En cuanto a la premisa: No existe un sistema europeo común o único de Seguridad Social aplicable a todos los Estados miembros de la UE. En este sentido se trata de una materia sustantiva de la rama social del Derecho “nacionalizada”. Cada Estado miembro continúa siendo libre para diseñar su modelo y sistema de Seguridad Social de forma independiente, y en relación con el principio de libre circulación de personas y trabajadores el Reglamento de coordinación sirve

desempleo puede ser una herramienta clave que responda a los shocks existentes. Un sistema de seguro supranacional permitiría mitigar los shocks que se provocan en otros países. Los Estados miembros podrían compartir una parte de los costes del seguro comunitario. Iría vinculado al desempleo cíclico no a deficiencias estructurales del mercado laboral. Sería una forma de compartir los riesgos financieros de crisis cíclicas. Habría que mejorar los servicios públicos de empleo y las políticas activas de mercado de trabajo. Es un mecanismo mejor que un instrumento fiscal discrecional. El camino, se afirma, no va ser fácil pero es una buena iniciativa y es importante iniciar un debate sobre la introducción de estabilizadores automáticos comunes, como una prestación de desempleo a nivel europeo. Es una apuesta de política fuerte de la Comisión Europea (está en el Programa Juncker). Se es consciente de las dificultades para su implantación (exigiría, señaladamente, una cierta armonización de legislaciones nacionales), pero actualmente se está estudiando y debatiendo sobre este asunto. Agradezco sinceramente a Carlos García de Cortázar la valiosa información y documentación que me ha proporcionado sobre esta materia que él mismo expondrá en su ponencia para este Congreso de la Aesss.

³³Es el caso del Partido Socialista Obrero Español y del Partido Socialista Francés al frente del Gobierno. A la par que se formula la propuesta y el establecimiento de un “salario mínimo europeo”. También defiende una renta mínima de inserción (a largo plazo una renta básica universal) las agrupaciones políticas de Podemos e Izquierda Unida. Ojo: Todo este párrafo viene de mi Ponencia General sobre el Desempleo.

para determinar en qué sistema nacional ha de estar asegurado o protegido un ciudadano de la UE en caso de tratarse de dos o más países. En general, la prestación de la cobertura de Seguridad Social corresponde al país de empleo o, en ausencia de empleo, al país de residencia. De este modo, el Reglamento de coordinación sustituyó ya originariamente (con el Reglamento (CEE) nº 1408/71) a todos los acuerdos preexistentes en materia de Seguridad Social entre Estados miembros que abarcaban el mismo ámbito. Por tanto, el sistema comunitario de coordinación de los sistemas nacionales tiene una típica *finalidad instrumental*, pues pretende garantizar y facilitar la libre circulación de trabajadores en los desplazamientos entre distintos países con diversos sistemas nacionales de Seguridad Social.

Como es sabido, el Reglamento de coordinación se basa en los cuatro principios fundamentales siguientes:

1º. *Igualdad de trato*. Los trabajadores por cuenta ajena o propia de otros Estados miembros de la UE deben tener los mismos derechos que los ciudadanos del país de acogida. Para cumplir el principio de igualdad de trato deben darse tres condiciones: equivalencia de hechos, totalización de períodos y conservación de derechos. No se trata, pues, de un principio de igualdad de trato incondicionado. El principio de totalización de los períodos cotizados significa que el Estado miembro competente, en el momento de decidir si un trabajador cumple los requisitos establecidos en relación a la duración del período de seguro o de empleo, debe tener en cuenta los períodos de seguro y de empleo completados de acuerdo con la legislación aplicable de otro Estado miembro.

El principio de igualdad de trato es el núcleo de la coordinación comunitaria de los Sistemas de Seguridad Social y supera cualitativamente los criterios de reciprocidad típicos de los convenios internacionales de carácter bilateral. Se trata de garantizar a la persona migrante el mismo trato que el que reciben los nacionales del territorio en que se trabaja, concediéndosele los mismos derechos y deberes, y prohibiendo toda clase de discriminación por razón de la nacionalidad, tanto con carácter directo como indirecto. Sin embargo, debe precisarse que en muchos aspectos ese principio acaba teniendo una amplia dosis de formalismo jurídico, toda vez que en la práctica no ha permitido la eliminación de las discriminaciones y desigualdades de trato injustificables que sufren las personas migrantes³⁴.

³⁴ ARRIETA IDIAKEZ, F.J. (Coord.): La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2014, pág. 186., con apoyo en CARRASCOSA BERMEJO, 2004, pág. 84.

2º. *Totalización de periodos de seguro en el espacio europeo.* Este principio es aplicable, paradigmáticamente, en los casos en que la legislación nacional exija que un trabajador haya estado asegurado o empleado durante un periodo determinado antes de tener derecho a determinadas prestaciones. El principio de totalización de los periodos cotizados significa que el Estado miembro competente, a la hora de decidir si un trabajador cumple los requisitos establecidos con respecto a la duración del período de seguro o de empleo, debe tener en cuenta los períodos de seguro y de empleo completados de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro. A través de este principio de asimilación se pretende proteger al trabajador migrante mediante la equiparando de las situaciones o hechos análogos que se hayan producido en el marco de un Sistema legal diverso, creándose de este modo la ficción jurídica de que todos ellos se produjeran en el territorio del Estado cuya legislación nacional de Seguridad Social resulta de aplicación. A tal fin, se instauran los instrumentos de la totalización de periodos y la cláusula *prorrata temporis*.

La totalización es una técnica jurídica de asimilación que tiene la finalidad evitar la pérdida de los derechos adquiridos (consolidados) o en curso de adquisición en otro país por el trabajador migrante. Se contabilizan, así, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia, o de residencia como si los mismos se hubieran cumplido con base en el Sistema cuya legislación se está aplicando. Sin embargo, es preciso entender que el Derecho interno bajo el cual fueron cubiertos dichos periodos es el único que tiene atribuida la competencia para definirlos, admitirlos y acreditarlos, impidiendo así que pueda ponerse en cuestión su naturaleza en el contexto de la legislación que los totaliza³⁵.

3º. *La acumulación de prestaciones.* Con este principio se intenta evitar que una persona pueda obtener ventajas indebidas por ejercer el derecho a la libre circulación. El hecho de cotizar a los sistemas de Seguridad Social obligatorios en dos o más Estados miembros durante el mismo periodo de seguro *no* da derecho a percibir varias prestaciones del mismo tipo. La finalidad de este principio reside en evitar la acumulación de prestaciones cuando éstas tienen la misma naturaleza y hacen referencia al mismo período de seguro obligatorio. Aunque el Reglamento no concreta lo que ha de considerarse por prestaciones de la misma naturaleza, la jurisprudencia del TJUE ha interpretado que ha de entenderse que las

³⁵Véase ARRIETA IDIAKEZ, F.J. : “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en *La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-E. Aranzadi, 2014, pág. 187; CARRASCO BERMEJO, D.: “Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, en *VV.AA.: Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2012; *íd.*: *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 2004.

prestaciones de Seguridad Social son de la misma naturaleza cuando su objeto y finalidad, así como su base de cálculo y sus requisitos de concesión sean sustancialmente idénticos (SSTJUE de 11 de agosto de 1995, asunto Schmitz, C-98/94; de 12 de febrero de 1998, asunto Cordelle, C-366/96; y de 28 de mayo de 2014, asunto Wiering, C-347/12). Atendiendo a esta hermenéutica interpretativa, a *sensu contrario*, debe considerarse que sí procedería la acumulación de prestaciones en el caso de que tengan diversa naturaleza o hagan referencia a períodos de seguro diferentes.

4°. *Exportabilidad de las prestaciones*. Este principio significa que las prestaciones de Seguridad Social pueden percibirse en todo el territorio de la UE y prohíbe que los Estados reserven el pago de prestaciones a las personas que residan en ellos; sin embargo, no se aplica a todas las prestaciones de Seguridad Social. Paradigmáticamente, existen normas especiales en caso de desempleo. Este principio de exportación de las prestaciones implica que se eliminan las cláusulas de residencia relativas a las prestaciones en metálico, evitando así que el cambio de residencia de la persona beneficiaria a otro Estado miembro suponga la reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación de la cuantía de la prestación que le haya sido reconocida. Por tanto, el trabajador conserva sus derechos a pesar del cambio de residencia. Sin embargo, es necesario subrayar que el Reglamento 883/2004 solo hace mención a las prestaciones económicas, sin tomar en consideración las que puedan satisfacerse en especie. En efecto, cuando se trate de una prestación en metálico se actuará en virtud del principio de colaboración administrativa, siendo el país de residencia el que abonará tal prestación pública. Ahora bien, en el caso de las prestaciones en especie resulta difícil que de forma directa las realice efectivamente Estado competente, por lo que en la práctica se suele aplicar la legislación correspondiente del Estado de residencia³⁶.

El sistema de coordinación comunitaria afecta a las prestaciones esenciales de la Seguridad Social (prestaciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad asimiladas; prestaciones de vejez, de supervivencia y de invalidez; prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; subsidios de defunción; prestaciones de prejubilación; prestaciones de desempleo; prestaciones familiares; y prestaciones pecuniarias especiales no contributivas, no exportables en virtud del art. 70 del Reglamento de coordinación).

Ahora bien: existe una peligrosa tendencia hacia la devaluación del derecho de libre circulación y residencia en el ámbito de la UE para quienes carecen de trabajo, al admitirse la

³⁶ ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: “La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, cit., págs. 188-189.

exclusión de nacionales de un Estado miembro sin actividad económica que residan en el territorio de otro Estado miembro de las prestaciones especiales en metálico *no* contributivas en virtud del Reglamento (CE) nº. 883/2004 (Esa doctrina, en STJUE de 11 de noviembre de 2014, Asunto C-333/13).

4 EL DERECHO DE ASILO EN EL DERECHO COMUNITARIO Y EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. LOS DERECHOS DE SEGURIDAD SOCIAL COMO ELEMENTOS INTEGRANTES DEL ESTATUTO JURÍDICO PROTECTOR DE LAS PERSONAS ASILADAS

En la coyuntura actual, como aquí se viene indicando, no sólo resulta relevante el “inmigrante económico”, sino también la “condición de asilado”. El derecho de asilo tuvo una implantación tardía tanto en el Derecho internacional (Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951)³⁷ y en el Derecho Europeo (ni siquiera lo recogió la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, del Consejo de Europa; y se ha tenido que esperar al art. 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). El objetivo de crear un sistema común europeo de asilo es un objetivo ambicioso y nada fácil cristalización. Aunque deslindados el binomio entre inmigración (sobre todo la considerada “irregular”) y asilo determina una actitud de recelo en varios de los Estados occidentales, porque la necesidad de asilo ya no surge de una situación extraordinaria sino como una consecuencia permanentemente activa, resultado de un sistema global profundamente desigual. Dicha situación conduce a configurar un derecho de asilo de dos velocidades: una jurídica, sofisticada y minoritaria, de los Estados occidentales preocupados principalmente por la gestión de los flujos migratorios, y otra política, masiva y minoritaria, la de los Estados del “Sur”, desbordada por los movimientos transnacionales y difíciles de controlar, los denominados flujos masivos de refugiados. Éstos constituyen el problema central de las crisis humanitarias actuales, sin embargo no parece que sean los destinatarios del Derecho Internacional de los Refugiados, creándose, así, una situación paradójica. Ciertamente, constituye uno de los grandes retos de la UE lograr que las políticas de control de inmigrantes no cuestionen la garantía fundamental del derecho de asilo a las personas que tengan la

³⁷ El art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.

condición de refugiados conforme a las normas de Derecho Internacional³⁸. Con arreglo al art. 18 (“Derecho de asilo”) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE): “Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”. La coyuntura política actual (unido al hecho innegable de la vinculación “política” entre asilo e inmigración irregular en la práctica política) han determinado una creciente “comunitarización” de la política y del derecho de asilo y su ejercicio efectivo dentro del espacio comunitario. En el Protocolo Adicional a la Convención de 1951, adoptado en 1967, se incluyen entre los derechos a los que los refugiados pueden acceder al mismo nivel que los nacionales del Estado de acogida, los “derechos y prestaciones laborales y *sociales*” (lo que, es obvio, incluye los derechos y prestaciones de Seguridad Social) (art. 24).

Cabe señalar que se ha desarrollado una política europea de asilo que arranca con el Tratado de Ámsterdam de 1997, y que ello ha producido un extenso elenco de normas comunitarias que han sido incorporadas al ordenamiento jurídico interno mediante los oportunos cambios legislativos que, en algunos casos, son de gran entidad. El Tratado de Ámsterdam configuró una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros en las cuestiones del derecho de asilo. Esta competencia ha sido refrendada en el Tratado de Lisboa, lo que posibilita el desarrollo normativo común e integral. A ello se añade el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado por el Consejo Europeo en el año 2008. En todo caso, una política común de asilo se enfrenta a un dilema trágico: o hacer una interpretación amplia de la Convención de Ginebra de 1951 en el sentido más favorable a la garantía de los derechos humanos; o, al contrario, realizar una interpretación restrictiva como “punto de encuentro” reduccionista de los intereses en contraste en el seno de la UE.

En la dirección de la integración a través de los derechos de los refugiados, se sitúa la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar. El objetivo de la esta Directiva es fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros (art. 1). Se entiende por (a) *nacional de un tercer país*, cualquier persona que no sea ciudadana de la Unión; y por (b) *refugiado*, cualquier nacional de un tercer país o apátrida que goce de un estatuto de refugiado en los

³⁸ Véase 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.), Granada, Ed. Comares, 2012, pág. 417 y bibliografía citada pág. 430.

términos de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967 (art. 2). La situación de los refugiados requiere una atención especial, debido a las razones que les obligaron a huir de su país y que les impiden llevar en el mismo una vida de familia. A este respecto, conviene prever condiciones más favorables para el ejercicio de su derecho a la reagrupación familiar. Mientras que para los nacionales de un tercer país sin más se imponen las facultades previstas en el art. 7 de la Directiva³⁹, respecto a los refugiados “los Estados miembros no exigirán al refugiado o a los miembros de su familia, respecto de las solicitudes relativas a los miembros de la familia mencionados en el apartado 1 del art. 4, que presente la prueba de que el refugiado cumple los requisitos establecidos en el art. 7”, aunque “los Estados miembros podrán exigir que el refugiado reúna los requisitos mencionados en el apartado 1 del art. 7 cuando la solicitud de reagrupación familiar no se haya presentado en el plazo de tres meses a partir de la concesión del estatuto de refugiado”.

La normativa internacional general y europea *asocia ex lege* la condición de refugiado a la atribución de un estatuto de derechos en gran medida dependiente de la decisión soberana de los Estados, los cuales deciden si conceden o no asilo a los extranjeros que lo solicitan y las condiciones concretas en virtud de las cuales se les otorga la protección, salvo con la excepción del derecho a no ser devuelto a un país donde la vida o la integridad del refugiado corran peligros, éste sólo podrá disfrutar si el estado decide otorgarle protección de no ser así, el refugiado se verá obligado a solicitar asilo en otro Estado. Se trata, como es sabido, del fenómeno del refugio “en órbita”. Este fenómeno, la denominada “crisis del asilo” y el hecho de que los Estados miembros de la UE con legislaciones más favorables al respecto terminasen concentrando gran parte de las peticiones de asilo, mueven a los países europeos a buscar soluciones comunes mediante la regulación jurídica e institucional común del asilo (Art. I.A.2) de la Convención sobre el estatuto de los refugiados (adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951)⁴⁰. Nuestra constitución reconoce el derecho de asilo por remisión a la

³⁹ Artículo 7. 1. “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; b) un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el Estado miembro de que se trate, para sí mismo y los miembros de su familia; c) 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”.

⁴⁰Véase PÉREZ GONZÁLEZ, C.: “La inmigración y el asilo en la UE”, en Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales, Palomar Olmeda, A. (Coord.), Cizur Menor (Navarra), Thomson

normativa internacional (art. 13.4 CE). El art. 13.4 CE garantiza el derecho de asilo indicando que “la ley establecerá *los términos* en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. Éste derecho de asilo no queda desconstitucionalizado, sino que se remite en las condiciones de ejercicio a la ley infraconstitucional de desarrollo de las previsiones constitucionales.

Dentro de los fenómenos migratorios esta problemática de los refugiados ha tenido por razones obvias un tratamiento especial. Teniendo en cuenta que el derecho de asilo es una de las vertientes más relevantes y problemáticas de la política migratoria. Así 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 (refundición)⁴¹. Se parte de que una *política común* en el ámbito del asilo, incluido un sistema europeo común de asilo, es uno de los elementos constitutivos 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 (véase Exposición de Motivos). El objetivo de la Directiva es el establecimiento de 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 (art. 1). Adviértase que una de las condiciones para el reconocimiento del estatuto de refugiado en el sentido del art. 1, Sección A, de la Convención de Ginebra, es la existencia de un *nexo causal* entre los motivos de persecución, a saber, raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social y los actos de persecución o la ausencia de protección contra tales actos. En el contenido del Estatuto protector de los refugiados y asimilados se garantizan expresamente los derechos de Seguridad Social. Así, conforme al art. 26.4 de la Directiva a las personas beneficiarias de la protección internacional “se les 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”.

Reuters-Ed. Aranzadi, 3ª ed., 2007, pág. 90, y en la misma obra colectiva, PALOMAR OLMEDA, A.: “El derecho de asilo”, págs. 607 sigs.

⁴¹ La Directiva 2013/32/UE, establece los procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional. Por su parte, la Directiva 2013/33/UE, de 26 de junio, regula las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional.

Igualmente con arreglo al art. 29 de la Directiva (“*Protección social*”), 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 esta norma general, 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 materia específica de asistencia sanitaria se establece que los Estados miembros velarán por que los beneficiarios de protección internacional tengan acceso a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro que les haya concedido tal protección (art. 30.1 de la Directiva). Los países miembros prestarán la asistencia sanitaria adecuada incluido, si fuera necesario, el tratamiento de los trastornos psíquicos, a los beneficiarios de protección internacional que tengan necesidades especiales, como las mujeres embarazadas, las personas discapacitadas, las personas que hayan sufrido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual o los menores que hayan sido víctimas de cualquier forma de maltrato, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano o degradante o de conflictos armados, en las mismas condiciones que rigen para los nacionales del Estado miembro que les haya concedido la protección (art. 30.2 de la Directiva). Como se indica en el Preámbulo de la Directiva, se trata de prevenir las penalidades sociales, procede disponer en el ámbito de la protección social, para los beneficiarios de protección internacional, la concesión no discriminatoria de las prestaciones sociales y los medios de subsistencia adecuados. Respecto a la asistencia social, se deben determinar en virtud del Derecho interno las modalidades y los detalles en lo tocante a la concesión de las prestaciones básicas a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria. La posibilidad de limitar dicha asistencia a las prestaciones básicas debe entenderse en el sentido de que este concepto comprende al menos el apoyo para unos ingresos mínimos, la asistencia en caso de enfermedad y embarazo y la asistencia parental, en la medida en que dichas prestaciones se concedan a los nacionales en virtud del Derecho interno.

Ahora bien, existe aquí una separación entre la teoría y la práctica, porque en la actualidad la “crisis de los refugiados” se está saldando con una inaplicación sistemática de la política común de Asilo –todavía incompleta- por parte de los Estados miembros ante la indecisión e inoperancia de las instituciones políticas de la UE, pese al incumplimiento de la normativa internacional y de la misma normativa comunitaria. Y recuérdese que en el plano

del Derecho internacional público se dispone de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, completada por el Protocolo de Nueva York, de 31 de enero de 1967, afirmando el Principio de no devolución y garantizando que ninguna persona sea repatriada a un país en el que sufra persecución. Precisamente, la Convención de Ginebra y el Protocolo constituyen la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados. La construcción del sistema europeo común de Asilo se basa en ese estándar internacional. También hay que tener en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989 (Véase el mismo Preámbulo de 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).

El asilo ha permitido que nacionales de un país que se hallan en peligro o persecución injustificada reciban la protección necesaria y políticas de integración del Estado de acogida. Se trata de que el Estado proteja a los extranjeros perseguidos en otros Estados y cuya vida o libertad se encuentren efectivamente en peligro⁴². Este ha sido uno de los objetivos impulsados después de la segunda guerra mundial por la Convención del Estatuto del Refugiado de 28 de junio de 1951 (completada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 31 de enero de 1967). Ahora bien, en dicha Convención el asilo se configura como un derecho fuertemente condicionado por el principio de soberanía nacional sobre el propio territorio del Estado de acogida. En nuestro texto constitucional se establece que “la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España” (art. 13.4 CE; que ha vincularse necesariamente con el canon hermenéutico establecido en el art. 10.2 de la misma Carta Magna⁴³). Es una garantía débil porque el derecho de asilo es remitido a los términos establecidos por el legislador, el cual goza de un relativo margen de discrecionalidad. Eso sí respetando el marco general de las normas internacionales generales y comunitarias. Y es de significar que en el marco de la

⁴² Véase, por ejemplo, SSTS de 24 de junio de 2013, Rec.4441/2012, y 4 de julio de 2013, Rec. 434/2012; SAN de 25 de julio de 2013, Rec. 226/2012, SAN de 25 de julio de 2013, Rec. 411/2012, recogidas en “Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 34 (2103).

⁴³ Incluido el art. 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, a cuyo tenor: “1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”.

Unión Europea se ha pretendido construir un Sistema Europeo de Asilo, como elemento del sistema de valores que deberían regir el espacio geopolítico europeo.

Los migrantes refugiados solicitantes de asilo se convierten en nómadas forzosos en la práctica política, aunque pretenden establecerse y ser acogidos en el Estado al cual emigran como tales. Los refugiados y solicitantes de asilo de la coyuntura actual son equiparables a los desplazamientos masivos que dieron lugar a la aprobación de la “Convención sobre el Estatuto de los Refugiados” en el marco de la ONU en 1951. Los Estados son, en principio, libres de aceptar discrecionalmente el reconocimiento del asilo como espacio decisorio que forma parte de la soberanía interna que ostenta, pero están obligados jurídicamente a respetar el principio fundamental de no devolución. Este principio de no devolución de una persona a su país de origen donde se halla en peligro es uno de los pilares del Estatuto protector (los Estados receptores de la solicitud pueden conceder o no el asilo con carácter discrecional a un extranjero que pide su amparo, y sin embargo no pueden devolverlo al Estado en el que sufre persecución *ex art.* 33 del Convenio de Ginebra de 1951, que como parte del estatuto mínimo protector de la persona refugiada garantiza el principio de no devolución o de no expulsión del refugiado)⁴⁴, pero cada vez más se transgrede por los países receptores no sin cierta impunidad. El extranjero refugiado busca asilo en un Estado de acogida que respeta sus valores y no va a encontrarse perseguido por sus ideas o condición con peligro normal para su vida o integridad física.

Pero el gran déficit de la normativa internacional es que no existe un derecho subjetivo del extranjero que busca asilo a obtenerlo en el país de posible acogida. El estatuto del refugiado no le atribuye un derecho subjetivo perfecto a que se le otorgue asilo a pesar de que pueda estar en peligro su vida, integridad física y sus derechos y libertades fundamentales (véase Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967; y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, creado por la Asamblea General de la ONU, en virtud de la Resolución 319 (IV), de 3 de diciembre de 1949)⁴⁵. En la Unión Europea el marco

⁴⁴ Puede consultarse DEL VALLE GÁLVEZ, A.: “Asilo y refugio en la Unión Europea: evolución y tendencias”, en VV.AA.: La Unión Europea ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia, vol. II, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2009, pág. 1313; SANTOLAYA MACHETTI, P.: El derecho de asilo en la Constitución española, Valladolid, Lex Nova, 2001; GORTÁZAR TOTAECHE, C.: Derecho de asilo y no rechazo del refugiado, Madrid, Ed. Dykinson, 1997; SARDINA CÁMARA, P.: “Aspectos relevantes sobre la nueva Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”, en Revista de Derecho migratorio y extranjería, núm. 23 (2010); ORTEGA JIMÉNEZ, A. y ALARCÓN MORENO, J.: “Luces y sombras de la nueva Ley de Asilo”, en Iuris. Actualidad y práctica del Derecho, núm. 145 (2010).

⁴⁵ Nuestra vigente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se remite como es obligado a dicho estándar internacional. Así, el art. 2 define legalmente lo que se entiende

legislativo continúa siendo insuficiente, pese a los innegables avances que se han producido. Se dispone de la aludida 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 la 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, a la que se añade la Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional⁴⁶, Directiva 2013/33/UE, sobre normas para la 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)... Este conjunto normativo es el que regula la política europea de asilo. 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

como derecho de asilo: “El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el art. 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967”. Por su parte, el Artículo 3 La condición de refugiado: “La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”. Por último, el Artículo 4, define el derecho a la protección subsidiaria indicando que “El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley”.

La condición de asilado y de sujeto protegido a través de la protección subsidiaria determina el otorgamiento de un estatuto jurídico-protector. Efectivamente, el art. 5 Derechos garantizados indica que con el asilo y la protección subsidiaria: “La protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido, así como en la adopción de las medidas contempladas en el artículo 36 de esta Ley y en las normas que lo desarrollen, en la normativa de la Unión Europea y en los Convenios internacionales ratificados por España”.

La Resolución de 12 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Migraciones, hace pública las subvenciones y ayudas concedidas en el tercer trimestre de 2015 con destino a las áreas de asilo y refugio, inmigrantes vulnerables y para la atención sociosanitaria en los centros de estancia temporal de inmigrantes de Ceuta y Melilla; integración de inmigrantes y programas de retorno voluntario.

⁴⁶ Conforme a su art. 3, relativo al Ámbito de aplicación “1. La presente Directiva se aplicará a todas las solicitudes de protección internacional presentadas en el territorio, con inclusión de la frontera, en las aguas territoriales o en las zonas de tránsito de los Estados miembros, y a la retirada de la protección internacional. 2. La presente Directiva no se aplicará a las solicitudes de asilo diplomático o territorial presentadas en las representaciones de los Estados miembros. 3. Los Estados miembros podrán decidir aplicar la presente Directiva en los procedimientos relativos a cualquier tipo de solicitudes de protección que caigan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/95/UE”.

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.

De entre estas normas destacan, por afectar al núcleo de todo sistema de asilo, la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado; y el Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados. De la naturaleza misma de las normas mínimas se desprende que los países miembros tienen competencia para introducir o mantener disposiciones más favorables para las personas de terceros países o apátridas que pidan protección internacional a un Estado miembro, siempre que tales normas sean compatibles con lo dispuesto en las Directivas comunitarias que con la presente Ley se transponen. La transposición de esta legislación de la Unión Europea implica la total acogida en nuestro ordenamiento de la denominada Primera Fase del Sistema Europeo Común de Asilo, tal y como se recoge en las Conclusiones de Tampere de 1999 y se ratifica en el Programa de La Haya de 2004, pues contiene las bases para la constitución de un completo régimen de protección internacional garante de los derechos fundamentales, partiendo de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, sobre el estatuto de los refugiados como piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de las personas refugiadas. Se pretende establecer instrumentos que sirvan para una eficaz garantía de la protección internacional de las personas a quienes les es de aplicación y asimismo de reforzar sus instituciones: el derecho de asilo y la protección subsidiaria, en un marco de transparencia de las decisiones que se adoptan. (Véase la Exposición de Motivos de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, modificada en 2014)⁴⁷.

⁴⁷ Téngase en cuenta, la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (refundición)

De acuerdo con lo previsto en el art. 13.4 CE, de la referida Ley, ésta tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional. (Art. 1 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria). El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales *no* comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el art. 3 de la Ley 12/2009 y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967 (Art. 2. Derecho de asilo). En este sentido, la condición jurídica de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9 (Art. 3. Condición de Refugiado)⁴⁸.

Importan realzar que la protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya

(aplicable desde el 21 de diciembre de 2013). Igualmente, la 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 solicitantes de protección internacional (refundición) (aplicable desde el 21 de julio de 2015). El Reglamento (CE) n° 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín. Por su parte, el Reglamento (UE) n° 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° 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° 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) (aplicable desde el 20 de julio de 2015).

⁴⁸ En el art. 4 (“La protección subsidiaria”), se regula la llamada protección subsidiaria, señalando que el derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el art. 10 de la Ley reguladora, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley reguladora.

reconocido, así como en la adopción de las medidas contempladas en el artículo 36 de esta Ley y en las normas que lo desarrollen, en la normativa de la Unión Europea y en los Convenios internacionales ratificados por España (Art. 5. Derechos garantizados con el asilo y la protección subsidiaria). En lo relativo a los efectos jurídicos de la concesión del derecho de asilo o de protección subsidiaria, se establece en primer lugar que la concesión del derecho de asilo o de la protección subsidiaria implicará el reconocimiento de los derechos establecidos en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, así como en la normativa de la Unión Europea, y, en todo caso:

a) la protección contra la devolución en los términos establecidos en los tratados internacionales firmados por España;

b) el acceso a la información sobre los derechos y obligaciones relacionados con el contenido de la protección internacional concedida, en una lengua que le sea comprensible a la persona beneficiaria de dicha protección;

c) la autorización de residencia y trabajo permanente, en los términos que establece la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social;

d) la expedición de documentos de identidad y viaje a quienes les sea reconocida la condición de refugiado, y, cuando sea necesario, para quienes se beneficien de la protección subsidiaria;

e) el acceso a los servicios públicos de empleo;

f) el acceso a la educación, a la *asistencia sanitaria*, a la vivienda, a la *asistencia social* y *servicios sociales*, a los derechos reconocidos por la legislación aplicable a las personas víctimas de violencia de *género*, en su caso, a la *seguridad social* y a los programas de integración, en las mismas condiciones que los españoles;

g) el acceso, en las mismas condiciones que los españoles, a la formación continua u ocupacional y al trabajo en prácticas, así como a los procedimientos de reconocimiento de diplomas y certificados académicos y profesionales y otras pruebas de calificaciones oficiales expedidas en el extranjero;

h) la libertad de circulación;

i) el acceso a los programas de integración con carácter general o específico que se establezcan;

j) el acceso a los programas de ayuda al retorno voluntario que puedan establecerse;

k) el mantenimiento de la unidad familiar en los términos previstos en la Ley reguladora y acceso a los programas de apoyo que a tal efecto puedan establecerse.

En segundo lugar, se dispone que con el fin de facilitar la integración de las personas con estatuto de protección internacional, se establecerán (mandato imperativo) los programas necesarios, procurando la igualdad de oportunidades y la no discriminación en su acceso a los servicios generales.

Por otra parte, las personas con estatuto jurídico de protección internacional podrán seguir beneficiándose de todos o algunos de los programas o prestaciones de que hubieran disfrutado con anterioridad a la concesión del estatuto en aquellos casos en que circunstancias especiales así lo requieran, con sometimiento al régimen previsto para tales programas y prestaciones por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Por último, se prevé que en casos específicos, debido a dificultades sociales o económicas, las Administraciones Públicas podrán poner en marcha servicios complementarios a los sistemas públicos de acceso al empleo, a la vivienda y a los servicios educativos generales, así como servicios especializados de interpretación y traducción de documentos, ayudas permanentes para ancianos y personas con discapacidad y ayudas económicas de emergencia. (Art. 36. Efectos de la concesión del derecho de asilo o de protección subsidiaria).

En este sentido, los asilados o las personas a las que se reconozcan la protección subsidiaria gozan del principio de igualdad de trato con los nacionales y disfrutan de los *derechos de Seguridad Social* “en las mismas condiciones que los españoles”. En la legislación española se produce una equiparación entre el estatuto de los refugiados y el estatuto derivado de la “protección subsidiaria”.

En España la regulación básica de las migraciones se contiene específicamente en Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración, sucesivamente modificada, y en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, sobre el Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, que regula, pues, los derechos sociales de los emigrantes españoles.

La referida Ley 40/2006, de 14 de diciembre, considera que en cumplimiento del art. 42 CE, se hace preciso establecer una política integral de emigración y de retorno para salvaguardar los derechos económicos y sociales de los emigrantes, de los exiliados y de los descendientes de ambos, y para facilitar la integración social y laboral de los retornados. En la actualidad los movimientos migratorios, teniendo en cuenta, por un lado, el ejercicio del derecho a la libre circulación en el contexto de Unión Europea, y por otro, la globalización de

la economía, han alcanzado una dimensión y una significación distinta. En los países desarrollados, en los que el Estado satisface las necesidades básicas de su ciudadanía, el desplazamiento a otro país responde a motivaciones de distinta índole que persiguen ampliar las expectativas personales y profesionales o mejorar la calidad de vida, como es el caso de los funcionarios públicos y trabajadores al servicio de la Administración española en el exterior, los cooperantes y los trabajadores y profesionales de las empresas españolas destinados temporalmente al extranjero. Por ello, el ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto engloba a todos los españoles en el exterior, tanto a los emigrantes y exiliados, como a los desplazados y a los familiares de ambos. España debe considerar a su comunidad emigrante como un auténtico capital social: su compromiso con su tierra de origen la convierte en un recurso fundamental para la proyección de España en el exterior. Se trata de recoger, entre otros aspectos, el compromiso de avanzar en la conservación de los derechos en la materia y de perfeccionar los mecanismos de protección existentes, sobre todo para las personas mayores, incorporando la asistencia sanitaria en sentido amplio (sanitaria, geriátrica, medicamentos, etc.). En este sentido, se trata también de tener en cuenta la diferente organización tanto del aseguramiento como de la prestación de cuidados sanitarios en los países donde residen. Por ello se introduce la prestación por razón de necesidad, como un nuevo concepto que engloba la pensión asistencial por ancianidad, regulada en su normativa específica, junto con la asistencia sanitaria, dado que a la vista de la evolución actual de estas pensiones se precisa modificar su regulación, para su mejor adaptación a las necesidades reales de sus potenciales beneficiarios (Véase Exposición de Motivos). En dicha Ley –en coherencia con las previsiones de la normativa de la OIT- se establece el marco jurídico y los instrumentos básicos para garantizar a la ciudadanía española en el exterior el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, en términos de igualdad con los españoles residentes en el territorio nacional, así como reforzar los vínculos sociales, culturales, económicos y lingüísticos con España y con sus respectivas nacionalidades y comunidades de origen (art. 1.1). Entre los objetivos fundamentales se indica que se pretende “Regular los derechos y deberes de los españoles residentes en el exterior garantizando su ejercicio mediante el compromiso de los poderes públicos de promover las condiciones para hacerlos reales y efectivos, en condiciones de igualdad con los residentes en España” [art. 3.1.a)]. Precisamente, el capítulo II, del Título I, se ocupa de la garantía de los “Derechos sociales y prestaciones”. En este marco se garantizan los derechos de Seguridad Social, indicando que el Estado adoptará las medidas necesarias para que la acción protectora de la Seguridad Social

se extienda a los españoles que se trasladen al exterior por causas de trabajo y a los familiares de los mismos en los términos establecidos en la legislación aplicable. A tal fin, el Estado proveerá cuanto fuese necesario para garantizar a los trabajadores españoles en el exterior, en materia de Seguridad Social, la igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción, el mantenimiento de derechos adquiridos y la conservación de derechos en curso de adquisición, mediante la celebración de Tratados y Acuerdos con los Estados receptores, la ratificación de Convenios Internacionales y la adhesión a Convenios multilaterales (Principio de igualdad de trato). Por otra parte, el Estado velará por la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social de los españoles residentes en el exterior a través de Convenios, Tratados o Acuerdos de Seguridad Social en materia de Seguridad Social y asimismo el Estado deberá establecer fórmulas que permitan a los trabajadores que residan en el exterior y a los que decidan retornar, el abono de las cotizaciones voluntarias al Sistema de Seguridad Social. Finalmente, la Administración General del Estado arbitrará las fórmulas más beneficiosas para el reconocimiento a los trabajadores españoles en el exterior de las prestaciones económicas, derivadas de las cotizaciones a la Seguridad Social, y en especial a las pensiones derivadas del extinto Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. (Principio de conservación de los derechos consolidados y derechos en curso de adquisición). (Artículo 18. “Derechos en materia de la Seguridad Social”).

Y por lo que se refiere específicamente al *derecho a la protección de la salud*, se establece que los españoles residentes en el exterior tendrán derecho a la protección a la salud en los términos en que reglamentariamente se establezca que, en todo caso, tendrá por finalidad la equiparación con las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Además, el Estado promoverá una atención integral de la salud, atendiendo con carácter prioritario a los mayores y dependientes, que carezcan de recursos suficientes. El contenido y alcance de esta atención se desarrollará reglamentariamente y tenderá a su equiparación con la que se proporciona a los mayores y dependientes que viven en España. Por último, y a tal efecto, el Estado podrá suscribir convenios preferentemente con las entidades públicas aseguradoras o prestadoras de cuidados de salud de los países donde sea necesario garantizar la efectividad del derecho a la protección de la salud⁴⁹. En su caso, podrá suscribir también convenios con

⁴⁹ En el mismo capítulo se regulan otros aspectos de la protección social pública. Así:

-Servicios Sociales para mayores y dependientes. Artículo 20 Servicios Sociales para mayores y dependientes. 1. A fin de promover el bienestar de los españoles mayores que residen en el exterior, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para potenciar la red de servicios sociales, fomentando, asimismo, la realización de actividades encaminadas a la consecución de su bienestar integral. 2. Los poderes públicos prestarán especial apoyo en particular económico a aquellos centros y asociaciones de españoles en el exterior y

entidades aseguradoras o prestadoras privadas, teniendo en especial consideración a las entidades o instituciones españolas en el exterior con capacidad para prestar la atención sanitaria. (Artículo 17. “Derecho a la protección de la salud”).⁵⁰

retornados en el Estado español que cuenten con infraestructuras adecuadas para la atención de personas mayores o en situación de dependencia. Se incentivarán las redes que generen un mejor aprovechamiento de los recursos públicos. 3. Los poderes públicos, en el marco de la regulación de la atención a la dependencia, desarrollarán medidas específicas, especialmente de carácter asistencial, sanitario y farmacéutico, encaminadas a la consecución del bienestar integral de la ciudadanía española en el exterior en situación de necesidad, en aras de alcanzar la gradual asimilación a las prestaciones vigentes del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, conforme a lo que disponga la legislación vigente.

-Acciones de información sociolaboral y de formación profesional. Artículo 21 Acciones de información sociolaboral y orientación y participación en programas de formación profesional ocupacional. 1. La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas promoverán el desarrollo de acciones de información, orientación y asesoramiento en el exterior, a través de la red de consulados, embajadas, centros estatales y autonómicos en el mundo, asociaciones y medios de comunicación encaminadas a facilitar la inserción sociolaboral de los españoles residentes en el exterior, a través de los correspondientes programas de ayudas o de convenios con entidades públicas o privadas. 2. Los servicios públicos de empleo fomentarán la participación de los españoles residentes en el exterior y de los retornados en programas de formación profesional, a fin de facilitar su incorporación al mercado laboral o de mejorar su capacitación profesional. 3. La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas podrán promover acciones concretas o establecer acuerdos con organismos públicos o privados de los respectivos países para facilitar, la incorporación al mercado laboral de los jóvenes y de las mujeres con especiales dificultades de inserción laboral, así como personas con discapacidad.

-Derechos en materia de empleo y ocupación. . Artículo 22 Derechos en materia de empleo y ocupación. 1. El Estado promoverá, a través del Sistema Nacional de Empleo, el acceso a la información que permita a los españoles demandantes de empleo residentes en el exterior y a los retornados, la búsqueda de empleo y la mejora de sus posibilidades de ocupación sin perjuicio de la información que, a los mismos efectos, sea suministrada por las agencias autonómicas de empleo y ocupación. 2. El Estado velará por las condiciones del desplazamiento de profesionales y trabajadores españoles por empresas radicadas en el exterior y facilitará la contratación de trabajadores españoles residentes en el exterior. 3. El Gobierno podrá establecer visados de búsqueda de empleo dirigidos a los hijos o nietos de españoles de origen, conforme a la legislación específica de aplicación. Dichos visados tendrán un tratamiento preferencial.

⁵⁰ Véase al respecto VICENTE PALACIO, A. y TRUJILLO PONS, F.: “Protección social de los trabajadores migrantes. Grado de adecuación de la normativa española a los Convenios OIT nº 97 (1949) y nº 157 (1982) y concordantes en materia de Seguridad Social”, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 117 (2015), págs. 107 y sigs., para los cuales “la normativa española en materia de seguridad social, en general, presenta un alto grado de adecuación a la normativa señalada (de la OIT) y de hecho y, en este sentido, hay que señalar que no existe ninguna referencia a incumplimiento de este Convenio por parte de España en el Informe 2013 de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones elaborado en virtud de lo dispuesto en el art. 22 de la Constitución de la OIT” (pág. 115). Sin perjuicio de ello entienden que hay algunas cuestiones susceptibles de ser mejoradas. Así, en términos generales, “sería recomendable, en lo que se refiere a la Seguridad Social contributiva que España continuara en la suscripción de los Convenios Internacionales bilaterales y multilaterales para asegurar la totalización de las cotizaciones y el principio de exportabilidad de prestaciones”. Por otra parte, “sería conveniente que España ratificara el Convenio OIT nº 118 (1962), sobre la igualdad de trato en materia de seguridad social”. En particular, respecto “los emigrantes han quedado excluidos de la prestación asistencial por desempleo quienes retornan de países procedentes del EEE o con los que existe convenio de protección por desempleo. Incluso en aquellos casos en los que pueden tener acceso por proceder de los países fuera del EEE o con los que no existe convenio de protección por desempleo, el requisito de cotización previa de 12 meses es muy elevado, la exigencia de un periodo de cotización de 12 meses es quizá muy elevada si se la compara con la protección dispensada en este nivel asistencial a otros colectivos. Igualmente no parece muy acorde con la facilitación del retorno restringir la Renta Activa de Inserción a los mayores de 45 años pues ya resulta bastante estricto el resto de los requisitos. En esta misma línea también resulta muy cuestionable que buena parte del colectivo de emigrantes retornados queden en la práctica, y como consecuencia de la exclusión del subsidio asistencial para emigrantes retornados, de la posibilidad de acceso al subsidio asistencial de prejubilación para mayores de 55 años... Por lo que respecta a los inmigrantes, sin duda el aspecto más cuestionable va referido a los extranjeros en situación irregular que no tienen asegurado el derecho a las

Por su parte, la protección no contributiva, se regula en el art. 19 (“Prestaciones por razones de necesidad”), a cuyo tenor la Administración General del Estado, en los términos en que reglamentariamente se establezca, garantizará el derecho a percibir una prestación a los españoles residentes en el exterior que habiéndose trasladado al exterior por razones laborales, económicas o cualesquiera otras y habiendo cumplido 65 años de edad o estando incapacitados para el trabajo, se encuentren en una situación de necesidad por carecer de rentas o ingresos suficientes para cubrir sus necesidades básicas, de acuerdo a la realidad socioeconómica del país de residencia. Estas prestaciones podrán ser compatibles con las ayudas que otorguen las Comunidades Autónomas para la ayuda al retorno de acuerdo con la legislación aplicable. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales fijará anualmente la base de cálculo de la prestación por razón de necesidad, que sólo podrá revisarse cuando las oscilaciones del tipo de cambio entre el euro y la respectiva moneda local supere el 15 por ciento. El Estado velará por la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social de los españoles residentes en el exterior, a través de los pertinentes Convenios, Tratados o Acuerdos en dicha materia. Asimismo, el Estado deberá establecer fórmulas que permitan a los trabajadores que residan en el exterior y a los que se decidan a retornar, el abono de las cotizaciones voluntarias al Sistema de Seguridad Social. 3. La Administración General del Estado regulará los mecanismos que permitan incorporar a la prestación, la asistencia integral de la salud y los servicios sociales para mejorar la calidad de vida de los mayores o incapacitados para el trabajo. Por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales se establecerá reglamentariamente el procedimiento de financiación, sin que pueda ser repercutida sobre la citada prestación la totalidad del coste de dicha asistencia. (Véase R.D. 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados).

Hay que señalar, por último, que en la presente coyuntura todo apunta a que la ordenación jurídica relativa a la emigración de españoles que se contempla en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en exterior, no se adapta a la realidad migratoria del momento presente. Ciertamente, por contraposición al tipo de emigrante en el que estaba pensando el legislador constituyente, y al que se acomoda la citada

prestaciones económicas más que en supuestos muy limitados lo que los deja en situación de especial desprotección. Sería conveniente que el legislador abordara una reforma legal que clarificara estas situaciones desde la perspectiva de la responsabilidad en materia de prestaciones, clarificando la aplicabilidad del régimen general previsto en el art. 126 LGSS también en estos supuestos y extendiendo este régimen también a la asistencia sanitaria, sin perjuicio de la oportunidad de retornar a un sistema de asistencia sanitaria autónomo de la condición de trabajador y no condicionado necesariamente a la legalidad de la residencia”(págs. 133-134).

ley reguladora, surge en la coyuntura actual un nuevo perfil que exige una regulación cualitativamente distinta y más adecuada a las exigencias del fenómeno de la emigración. Es posible pensar que en nuestra época dichas exigencias de protección social “se concreten no tanto en el reconocimiento del derecho a pensiones y ayudas de carácter no contributivo, como en recibir una completa información acerca de las posibilidades de cotización en el Estado de destino, de la exportabilidad de prestaciones de Seguridad Social, de la existencia de convenios bilaterales entre ambos Estados, o de información general sobre las condiciones de vida y trabajo del país al que se desplazan”⁵¹.

Sirva como reflexión final respecto al tratamiento de la Seguridad Social de los migrantes las siguientes indicaciones:

- 1ª. Se dispone de normas internacionales de garantía de los derechos de Seguridad Social, pero ineficientes por falta de mecanismos adecuados que aseguren su cumplimiento efectivo.
- 2º. Existe una tendencia hacia la renacionalización progresiva de la política migratoria, resultado del debilitamiento de la construcción política europea y de la reafirmación de las soberanías nacionales.
- 3ª. La condicionalidad es una práctica extendida. Los derechos de Seguridad Social consagrados en las legislaciones de los países miembros (la UE no contempla por el momento una regulación sustantiva de los derechos y prestaciones de Seguridad Social; ni siquiera se dispone, en relación a ello, un “zócalo” mínimo de derechos de Seguridad Social) no se atribuyen a la persona “sin adjetivos”, sino que se limita subjetivamente por razón de la nacionalidad y por la situación administrativa de “regularidad” o “irregularidad” de la persona. Produciéndose un trato desigual para las personas en situación administrativa irregular. Los países europeos (y en general los países desarrollados) no han ratificado la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores

⁵¹ CHARRO BAENA, P. y BENLLOCH SANZ, P.: “Adecuación del estatuto de la ciudadanía española en el exterior a la luz de la nueva realidad emigratoria española”, Comunicación en VIII Congreso Migraciones Internacionales en España. Resúmenes de Ponencias y Comunicaciones, García Castaño, F.J., Megías Megías, A. y Ortega Torres, J. (Eds.), Granada, Universidad de Granada/Instituto de Migraciones, 2015, pág. 318. En una perspectiva más amplia, véase también ARRIETA IDIAKEZ, F.J. (Coord.): La Seguridad Social aplicable a los españoles en el exterior y retornados, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Ed. Aranzadi, 2015.

migratorios y de sus familiares, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990⁵².

⁵²Recuérdese que conforme al art. 27 de la referida Convención ONU 1990: “1. Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma. 2. Cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación, el Estado de que se trate, sobre la base del trato otorgado a los nacionales que estuvieren en situación similar, considerará la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones.

Por su parte, con arreglo al art. 28: “Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.