

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

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de publicaciones

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS INMIGRANTES: UN MODELO GARANTISTA

Belén del Mar López Insua

Profesora Titular de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

Colección: Atelier Laboral

Directores:

José Ignacio García Ninet

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

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



**UNIVERSIDAD
DE GRANADA**

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

© 2020 Belén del Mar López Insua

© 2020 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: atelier@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel. 93 295 45 60

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

Depósito legal: B-11041-2020

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

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

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

En especial:

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

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

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

ÍNDICE

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

3. Conclusiones.	85
--------------------------	----

ASISTENCIA SOCIAL, SERVICIOS SOCIALES Y SEGURIDAD SOCIAL.

LA PROTECCIÓN ESPECÍFICA POR DEPENDENCIA	89
1. Crisis migratoria y control de flujos: Una política europea insuficiente para la protección de la ciudadanía social.	89
2. El Derecho a la Seguridad Social, asistencia social y servicios sociales en la Unión Europea	95
2.1. Asistencia social <i>versus</i> Seguridad Social a la luz de los reglamentos de coordinación y de la Directiva 2004/38/CE.	98
2.2. Asistencia social y servicios sociales para inmigrantes en España .	103
3. La protección por dependencia: problemática general y sistemas de coordinación comunitaria.	107
3.1. Sistemas de coordinación comunitaria aplicable a las prestaciones por dependencia	108
3.2. Empleo irregular y retroceso en la regulación de la protección por dependencia	110
3.3 La protección jurídico-social de inmigrantes dependientes en España	113
4. Conclusiones.	117

AVANCES Y RETROCESOS EN EL ACCESO A UNA ASISTENCIA SANITARIA

UNIVERSAL: EL DERECHO A LA SALUD EN LA ENCRUCIJADA	121
1. La protección universal del derecho a la salud: marco jurídico y sistema de garantías debilitadas para inmigrantes en situación irregular	121
2. La salud como derecho social fundamental	125
2.1. libre circulación de migrantes <i>versus</i> asistencia sanitaria: un paso atrás en el concepto de «ciudadanía inclusiva»	129
2.2. La residencia como condición «sine qua non» para el control de flujos migratorios y el acceso al derecho a la asistencia sanitaria	131
2.3. Restricciones al derecho a la libre circulación de migrantes y derecho a la asistencia sanitaria	133
3. el derecho a la asistencia sanitaria como derecho desmercantilizado. Caminando hacia la «universalidad» y la «publicación» integral de la garantía de su contenido esencial	136
3.1. Conflicto de competencias entre Estado y CCAA: un alto en el camino. Paradojas y breve alusión a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional de 134/2017 y 145/2017	140
3.2. Avanzando hacia la «universalidad» del Derecho a la asistencia sanitaria: puntos críticos de una reforma inacabada.	146
3.3. Retroceso en la universalidad del derecho a la asistencia sanitaria de inmigrantes regulares en España: Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019 (número de recurso: 1068/2018).	153
4. Propuestas de mejora y Conclusiones jurídico-críticas	157

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

ABREVIATURAS

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

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

PRÓLOGO

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

JOEL ODIGIE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

José Luis MONEREO PÉREZ

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

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

INTRODUCCIÓN

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

ENGISCH, K¹

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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