



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

LA PROTECCIÓN SOCIAL DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Alumno: José María Corona Blanco

Octubre, 2017

RESUMEN/ ABSTRACT

Los efectos de la globalización traen consigo nuevas leyes adaptadas a la migración. Se pretende realizar un análisis de la situación actual en España del extranjero no comunitario, en relación a la protección jurídica social. En concreto aquellos derechos reconocidos en Seguridad Social, los derechos y libertades de extranjeros no comunitarios en nuestro país y la evolución de nuestra ley de extranjería.

The globalization effects bring new laws adapted to migration. The intention it is to do an analysis of actual Spanish situation of non-EU foreigners, related with social legal protection. Specific laws recognized in Social Security, laws and liberty of non-Eu foreigners in our country and the evolution of foreign law.

ÍNDICE

0. Introducción: Connotaciones generales de la regulación del modelo jurídico-político de extranjería introducidas por la ley orgánica 2/2009 de 11 de diciembre de reforma de la ley 4/2000.....	5
1. El derecho a inmigrar: Configuración internacional, configuración constitucional y configuración legal.....	7
1.1 Configuración internacional.....	9
1.2 Configuración constitucional.....	9
1.3 Configuración legal.....	10
1.4 El contenido constitucional de los derechos de los extranjeros en España: Su alcance y límite.....	11
1.4.1 La titularidad y el ejercicio de los extranjeros en España	12
2. El derecho a la Seguridad Social de los extranjeros en España.....	13
2.1 Normativa estatal: El derecho a la seguridad social de los extranjeros en la ley general de Seguridad Social	14
2.1.1 El campo de aplicación.	14
2.1.2 La acción protectora	16
2.1.3 La seguridad Social en la OIT	18
3. Los Derechos y libertades de los extranjeros en la ley orgánica de extranjería.....	18
3.1 El contenido constitucional de los derechos de los extranjeros en España: Su alcance y límites	16
3.2 La titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros en España.....	19
4. La protección social de los extranjeros en situación administrativa regular	20
4.1 La incorporación al sistema de Seguridad Social: Particularidades en los actos de encuadramiento	22
4.1.1 En el brazo contributivo	22
4.1.2 En el brazo no contributivo	22
4.2 El acceso a las prestaciones. Aplicación de principios convencionales	23
4.2.1 En el nivel contributivo.....	23
4.2.2 En el brazo no contributivo	23

5. La protección social de los extranjeros en situación administrativa irregular	27
5.1 Encuadramiento y cotización de trabajadores extranjeros extracomunitarios en situación administrativa irregular	27
5.1.1 Los actos administrativos de extranjería como determinante del encuadramiento y la obligación de cotizar	27
5.2 Procedimiento por parte de la doctrina, la jurisprudencia y la TGSS tras la aprobación de la LOEx	27
5.3 La protección de las contingencias profesionales en el sistema de Seguridad Social Español: prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.	31
5.3.1 Prestaciones de incapacidad temporal, pensiones de incapacidad permanente o de muerte y supervivencia derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional: Soluciones Judiciales	31
5.4 Protección social derivadas de contingencias comunes	32
5.5 El nivel no contributivo de la protección social en el Sistema de Seguridad Social.	34
5.5.1 Elementos definidos de la prestación del nivel no contributivo	37
5.5.2 Requisitos para acceder a la protección: Ausencia de recursos y requisito de residencia	37
5.5.2.1 Prestaciones de invalidez y jubilación, prestaciones familiares y prestación por desempleo en el ámbito no contributivo.	37
6. El Derecho a la asistencia sanitaria del extranjero en España.	39
6.1 Consideraciones generales	39
6.2 El derecho a la asistencia sanitaria del extranjero mayor de edad	41
6.3 El derecho a la asistencia sanitaria de urgencia	41
6.4 El derecho a la asistencia sanitaria del extranjero menor de edad	41
6.5 El derecho a la asistencia sanitaria de la extranjera embarazada	41
7. Conclusiones	42
9. Bibliografía	43

INTRODUCCIÓN: CONNOTACIONES GENERALES DE LA REGULACIÓN DEL MODELO JURÍDICO-POLÍTICO DE EXTRANJERÍA INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 2/2009 DE 11 DE DICIEMBRE DE REFORMA DE LA LEY 4/2000.

Los movimientos migratorios son un fenómeno immanente en la historia de la humanidad. Los pueblos emigran por causas económicas o sociales, que abarcan tanto la emigración, la salida de un país para realizar una nueva vida en otro estado, o también puede originarse la inmigración, cuando entran personas en un país procedentes de otros territorios. El derecho a emigrar no se deduce como un derecho absoluto, si no que estos tienen sus límites y sus acotaciones, pero hay que decir que no significa que suponga el déficit o desconocimiento de este derecho. España desde una perspectiva histórica, siempre había sido un país de emigración, pero debido al desarrollo y progreso económico de nuestro país, España se convirtió en un país de inmigración alcanzando a principios de este siglo XXI unos elevados valores de inmigración, lo que generó diversas modificaciones y reformas en la legislación de extranjería en apenas una década.

El art. 13.1 y el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocen el derecho a la libertad de circulación y el derecho al trabajo, respectivamente, que enlazan con el contenido de algunos de los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, especialmente con el art. 3.1 en los siguientes términos:

“1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España”.

De acuerdo con el artículo 96.1 de la Constitución Española, los tratados internacionales legalmente conmemorados, publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. En este sentido, cabe destacar la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares aprobada el 18 de diciembre de 1990 por Naciones Unidas. Entre los principales objetivos de dicha Convención, cabe destacar los siguientes¹:

- a) La adhesión del principio de no discriminación en todos los derechos.

¹ Triguero Martínez, L.A (2010): Nueva reforma de la ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. Revistas electrónicas ujaén: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/124/111> Actualizada.

- b) Reconocer los derechos humanos de los trabajadores migrantes no documentados.
- c) Conceder los derechos adicionales a trabajadores documentados migrantes.
- d) Eliminar la barrera de movimientos ilegales.

De acuerdo con el art. 2.1 de la citada Convención, por trabajador migratorio se entiende toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.

Como ya se ha afirmado, debido a las diversas modificaciones de conjunto llevadas a cabo en torno a la legislación de Extranjería en España en las últimas décadas, ante la dimensión que adquirió el fenómeno migratorio hacia nuestro país, así como las implicaciones de su entrada a la Comunidad Europea, resulta de interés incluir una visión de conjunto de todas las modificaciones más importantes que el estado español ha llevado a cabo en su normativa de extranjería, así como la puesta en marcha de políticas e instrumentos en el marco de la Unión Europea:

- El 1 de julio de 1985, se establece la primera Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España.
- El 1 de enero de 1986 España entra a la UE
- El 26 de mayo de 1986, comienza una nueva regulación de la extranjería en España tras unirse a la UE.
- En 1991 aparece el protocolo de adhesión de España al Espacio Schengen: Se suprimen las barreras interiores y se refuerzan las barreras exteriores, para que un trabajador perteneciente al país que firmó al acuerdo pueda circular legalmente dentro de los países que lo componen.
- El 2 de febrero de 1996 se realiza una reforma de la ley de extranjería de 1968, en tal reforma se fomenta la vigencia del anterior espacio Schengen.
- El 2 de octubre de 1997 se firma el tratado de Ámsterdam, para la búsqueda de un espacio de libertad, seguridad y justicia común. Nace la Europol (policía europea)
- En año 2000, se establece una nueva Ley de Extranjería, distinta a la de 1985, en la que se incorpora la integración social de los extranjeros tanto en la UE, como en España. Da lugar a la ley 4/2000 y ley 8/2000, de 22 de diciembre.²
- En el año 2001, comienzan las regularizaciones de extranjeros en España (arraigo laboral, social, familiar, residencia permanente).³

²Triguero Martinez, L.A (2010): Nueva reforma de la ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. Revistas electrónicas ujaén: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/124/111> Actualizada.

- En 2003, una destacada sentencia del TS anula 38 artículos del reglamento de extranjería y de nuevo se hacen algunas reformas de la ley adaptándolos a dicha revisión judicial y a las Directivas Comunitarias.
- El 31 de diciembre de 2004 se aprueba el desarrollo de la ley de extranjería, cuya novedad era un nuevo proceso de regularización de inmigrantes.
- En 2009 se vuelve a reformar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la última gran reforma, operada mediante la ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

Los principales ejes de la reforma de conjunto llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, son los siguientes:

1º Se exigía incorporar a la ley Orgánica 2/2009 la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en relación a los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, a través de las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre.

2º Se exigía la transposición de un importante número de Directivas Comunitarias en materia de inmigración, que debían ser incorporadas al Ordenamiento Jurídico español, siendo las más relevantes:

- La Directiva 2003/110/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea.
- La Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen ante las autoridades competentes.
- La Directiva 2004/82/CE, del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de personas transportadas.
- 3º Era necesario adaptar nuestro Ordenamiento Jurídico en materia de extranjería a la nueva realidad migratoria, definiendo, planificando y desarrollando nuevas políticas de inmigración⁴.

⁴Triguero Martínez, L.A (2010): Nueva reforma de la ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. Revistas electrónicas ujaén: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/124/111> Actualizada.

1. EL DERECHO A INMIGRAR: CONFIGURACIÓN INTERNACIONAL, CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONFIGURACIÓN LEGAL.

El derecho a inmigrar es reconocido hoy en día como un derecho que adquiere cualquier persona para decidir en cual país quiere desarrollar su actividad laboral, que le permita la subsistencia y la de sus familiares. El origen de este derecho a inmigrar tiene su base en el desarrollo económico y social de un país en el mundo ya que un país con menos recursos sociales y económicos empuja a sus ciudadanos a que establezcan un modo mejor de vida en otro país. Los países con mayores posibilidades económicas tienden a mirar por el bienestar de sus ciudadanos mediante el control de su mercado laboral, que es algo complejo.

1.1 La configuración internacional del derecho a inmigrar

Para reconocer este derecho, encontramos en el artículo 13.1 de la DUDH *“Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”*. Estos derechos sirven más bien como un catálogo de un programa ideal para la convivencia en el mundo, de manera que estos derechos pueden ser alterados los postulados de esta declaración por los Estados.

En segundo lugar, el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos de 1966,-nos dice en su artículo 12.1 *“Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia”*. Por tanto, de acuerdo con dicho precepto, los ciudadanos tienen una limitación en su derecho a inmigrar, ya que solo podrán acceder aquellos que cumplan unos requisitos tales como encontrarse legalmente o en situación administrativa regular en un Estado. El Estado, en definitiva, establecerá los requisitos de entrada y permanencia en su territorio⁵.

⁵ González Ortega S. (2010). La protección social de los extranjeros en España. Valencia, España; Editorial TIRANT LO BLANCH.

En tercer lugar, debemos mencionar los Convenios de la OIT, destacando el Convenio nº 97 sobre los trabajadores migrantes. El artículo 6 de dicho Convenio establece que “Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con determinadas materias...”

Finalmente, encontramos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y aprobado por España el 4 de Octubre de 1979. De conformidad con su artículo 14 *“el goce de los derechos y libertades reconocidas en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”*. Este postulado puede interpretarse como un apoyo a todos los ciudadanos extranjeros que estén legalmente en el país, que deberán de ser respetados mediante el principio de igualdad de trato.

1.2 La configuración constitucional del derecho a inmigrar

En relación con nuestra Carta Magna, debemos hacer una especial referencia del art. 13.1 CE, que establece que *“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”*.

Dicho precepto no contiene expresamente un mandato para respaldar el derecho a inmigrar para aquellos que no son ciudadanos de España, sino que artículo hace referencia a aquellos que se encuentran “legalmente en España” para poder obtener todos los derechos constitucionales.

El artículo podría plantear algunos problemas por falta de interpretación. En primer lugar podemos encontrar la expresión de “libertades públicas” que aparece en el artículo 13.1 CE. A este respecto el Tribunal Constitucional afirma “que el termino de libertades públicas no tiene un significado restrictivo reconocido en el Título I de la Constitución”, por lo que deben entenderse referidos a dicho Título todos los tipos de

derechos y libertades públicas, incorporando los principios rectores de la política social y económica.

En segundo lugar, aparece la cuestión de la desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros que aparece en el artículo 13.1 CE “en los términos que establezca los tratados y la ley” es decir, el Tribunal Constitucional objeta si estamos constituyendo igualdad de los extranjeros con los ciudadanos españoles. No afirma que gozaran de todas las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, si no aquellas que están integrados dentro del presente Título “en los términos que establezca los tratados y la ley”,

La tercera cuestión interpretativa del artículo 13.1 de la CE, es si en este artículo se integran todos los derechos de los extranjeros o solamente aquellos que se encuentren en situación administrativa regular. De manera que el TC, añade que todos los extranjeros podrán disfrutar de todos los derechos adheridos al Título I de la Constitución, pero el disfrute de estos derechos de configuración legal, son limitados al cumplimiento de algunos requisitos, como por ejemplo, tener autorización de residencia y trabajo.

1.3 La configuración legal del derecho a inmigrar.

El extranjero que resida en España puede encontrarse en varias situaciones: situación de estancia (hasta noventa días) residencia temporal (más de noventa días y menos de cinco años) y residencia de larga duración (más de cinco años).

El primer requisito que debe cumplir un extranjero conforme establece nuestro Ordenamiento Jurídico, no es solo tener un pasaporte para la entrada, sino también un visado expedido por las autoridades españolas (que pueden tener exclusiones en convenio bilaterales) y el segundo requisito a tener en cuenta es que solo el visado autoriza para entrar y permanecer durante un periodo de tiempo. Todos los inmigrantes que soliciten un visado y quieran trabajar, deberán obtener una autorización de residencia.

La autorización de trabajo se concederá junto con la residencia. De esta manera el art 25 de la LOEx, dispone *que “el visado de residencia y trabajo habilita la entrada y estancia por un periodo máximo de tres meses y para el comienzo, en ese plazo, de la actividad laboral o profesional para la que hubiera sido previamente autorizado”*.

Durante éste periodo de tiempo deberá producirse el alta al trabajador en la Seguridad social, que dotará de eficacia a la autorización de residencia y trabajo, por cuenta propia o ajena.

Cabe también hacer referencia al “visado para la búsqueda de empleo”, un instrumento para ayudar al extranjero a encontrar trabajo en España durante el tiempo de permanencia en el país.

Finalmente, encontramos el derecho de asilo. Una vez autorizado este derecho, se concederá a aquellas personas con condición de refugiados la posibilidad de residir y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles en territorio español y así también, la facultad de acceder al sistema de Seguridad social como aquellos extranjeros que también obtuvieron la autorización para residir y trabajar en España.⁶

1.4 El contenido constitucional de los derechos de los extranjeros en España: Su alcance y límites.

El Tribunal Constitucional (TC) aclara el artículo 13.1 CE anteriormente mencionado. Este artículo supone que el disfrute de los derechos y libertades que son reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará, en términos establecidos en los tratados y la ley interna española y condiciones y contenidos previstos en tales normas.

El tribunal Constitucional añade que no supone la desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros a la libertades y derechos públicos, ya que la constitución habla que los extranjeros no solo gozarán de las libertades que atribuyen a los tratados y a ley, sino a las libertades que se garanticen en el presente Titulo en términos que se establezcan en los tratados y la ley española.

El TC ha marcado limites en los derechos y libertades de extranjeros, confirmando que el artículo 13.1 establece una libertad ilimitada al legislador en caso de restringirlos, que esta limitación proviene del artículo 10.1 CE , ‘*los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que fundamenta el orden político español*’ y también el artículo 10.2 CE, no puede afectar al contenido del derecho, es decir, tanto a la Constitución

⁶ González Ortega S. (2010). La protección social de los extranjeros en España. Valencia, España; Editorial TIRANT LO BLANCH.

como a los tratados internacionales establecidos en España, ya que una cosa es autorizar diferentes tratamientos entre nacionales y extranjeros y otra es entender esa autorización de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.

1.4.1 La titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros en España.

El TC establece que existen derechos que corresponden igual a los españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos, y por otra parte existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (El artículo 23 de la Constitución establecido en el artículo 13.2). El artículo 23 CE establece en su primer apartado; *“Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”*. Y en su segundo apartado; *“Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”*.

De modo que tal criterio se podría buscar en la literalidad de la propia Constitución, que en algunos contenidos embarca a *“toda persona”* o *“todos”* y en otros casos se refiere a los *“españoles”* o *“ciudadanos”*.

Por lo tanto, reconocemos los principales derechos y libertades de los extranjeros reagrupándolos en diferentes categorías dentro del margen laboral:

1º Derechos que pertenecen tanto a españoles como a extranjeros: El Tribunal Constitucional ha acotado progresivamente los derechos en función de su alcance: Se destaca los derechos que pertenecen a la persona como tal y no como a ciudadano, son aquellos derechos que son indispensables para la dignidad humana, en los cuales hay que señalar; el derecho a la vida y la integridad física y moral (art 15.1 CE), a la libertad ideológica, religiosa de culto (art 16.1 CE) a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y al honor (art 81.1 CE), a los servicios sociales básicos y derecho a la asistencia sanitaria (art 12 LOEX)

2º Derechos que pueden pertenecer por igual a los españoles y extranjeros según los tratados y las leyes: son aquellos que pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, siendo válida la diferencia de trato con españoles en cuanto su ejercicio, es decir, estampa la obligación de estar en situación administrativa regular para ejercer estos derechos. Ejemplos: Los derechos de libre circulación (Art 13.

DUDH), derecho de reunión y manifestación, asociación (Art 7 y 8 LOEx) Derecho al trabajo y la Seguridad Social (art 10 LOEx), de sindicación y de huelga (Art 11 LOEx)

3º Derechos que se atribuyen únicamente a los españoles, son aquellos que están incluidos todos los procesos laborales a funciones y cargos públicos, según el art 13.2 CE se atribuyen solamente a los españoles reconocido en el art 23 CE, salvo que pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales que puede extenderse a los extranjeros.

Si es nacional de otros Estados extracomunitarios y dispone de residencia legal en España, en los que se incluye los extranjeros extracomunitarios que ostenten autorización para residir y trabajar, residencia permanente o temporal o tengan la condición de refugiados pueden participar en las convocatorias de empleo público laboral de las distintas Administraciones públicas⁷.

2. LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN LA LEY ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA.

Al estudio de derechos y libertades públicas de los extranjeros no comunitarios en España, parte de varios contenidos:

- En primer lugar, el artículo 13.1 y artículo 10.1 y 10.2 de la Constitución Española establece que aquellos extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley. La importancia de la dignidad de las personas, de aquellos derechos inviolables, la paz social y todas aquellas normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la constitución reconoce. Se interpretarán con la Declaración de derechos humanos y acuerdos o tratados ratificados por España.
- En segundo lugar, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Y en tercer lugar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

⁷ Abarca, Ana paloma; Alonso-Olea, Belén; La cruz, Juan Manuel; Martin, Isidoro; Vargas, Marina (2010) *Inmigración y extranjería. Régimen jurídico básico*. Madrid. España. Colex Edit.

Se trata de describir el contenido constitucional de esos derechos y libertades, los alcances, sus límites y la titularidad de ejercicios de derechos y libertades de extranjeros en España.

2.1 El contenido constitucional de los derechos de los extranjeros en España: Su alcance y límites.

El Tribunal Constitucional (TC) aclara el artículo 13.1 anteriormente mencionado. Este artículo supone que el disfrute de los derechos y libertades que son reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará, en términos establecidos en los tratados y la ley interna española y condiciones y contenidos previstos en tales norma.

El tribunal Constitucional añade que no supone la desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros a la libertades y derechos públicos, ya que la constitución habla que los extranjeros no solo gozarán de las libertades que atribuyen a los tratados y a ley, sino a las libertades que se garanticen en el presente Titulo en términos que se establezcan en los tratados y la ley española.

El TC ha marcado limites en los derechos y libertades de extranjeros, confirmando que el artículo 13.1 establece una libertad ilimitada al legislador en caso de restringirlos, que esta limitación proviene del artículo 10.1 CE , <<los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que fundamenta el orden político español>> y también el artículo 10.2, no puede afectar al contenido del derecho, es decir, tanto a la Constitución como a los tratados internacionales establecidos en España, ya que << una cosa es autorizar diferentes tratamientos entre nacionales y extranjeros y otra es entender esa autorización de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales>>.

2.2 La titularidad y el ejercicio de los derechos de los extranjeros en España.

El TC establece que existen derechos que corresponden igual a los españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos, y por otra parte existe derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (El artículo 23 de la Constitución establecido en el artículo 13.2). El artículo 23 establece en su primer apartado; *“Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”*. Y en su segundo apartado; *“Asimismo, tienen*

derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.’’

De modo que tal criterio se podría buscar en la literalidad de la propia Constitución, que en algunos contenidos embarca a ‘*toda persona*’ o ‘*todos*’ y en otros caos se refiere a los ‘*españoles*’ o ‘*ciudadanos*’.

Por lo tanto, reconocemos los principales derechos y libertades de los extranjeros reagrupándolos en diferentes categorías dentro del margen laboral.

1º Derechos que pertenecen tanto españoles como a extranjeros: El Tribunal Constitucional ha acotado progresivamente los derechos en función de su alcance: Se destaca los derechos que pertenece a la persona como tal y no como a ciudadano, son aquellos derechos que son indispensables para la dignidad humana, en los cuales hay que señalar; el derecho a la vida y la integridad física y moral (art 15.1 CE), a la libertad ideológica, religiosa de culto (art 16.1 CE) a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y al honor (art 81.1 CE), a los servicios sociales básicos y derecho a la asistencia sanitaria (art 12 LOEX)

2º Derechos que pueden pertenecer por igual a los españoles y extranjeros según los tratados y las leyes: son aquellos que pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y la leyes, siendo válido la diferencia de trato con españoles en cuanto su ejercicio, es decir, estampa la obligación de estar en situación administrativa regular para ejercer estos derechos. Ejemplos: Los derechos de libre circulación (Art 13. DUDH), derecho de reunión y manifestación, asociación (Art 7 y 8 LOEx) Derecho al trabajo y la Seguridad Social (art 10 LOEx), de sindicación y de huelga (Art 11 LOEx)

3º Derechos que se atribuyen únicamente a los españoles, son aquellos que están incluidos todos los procesos laborales a funciones y cargos públicos, según el art 13.2 CE se atribuyen solamente a los españoles reconocido en el art 23 CE, salvo que pueda establecerse por tratado o por ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales que puede extenderse a los extranjeros.

Si es nacional de otros Estados extracomunitarios y dispone de residencia legal en España, en los que se incluye los extranjeros extracomunitarios que ostenten autorización para residir y trabajar, residencia permanente o temporal o tengan la

condición de refugiados pueden participar en las convocatorias de empleo público laboral de las distintas Administraciones públicas⁸.

3. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS DE LAS PERSONAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA.

Cualquier ciudadano tiene derecho, a salir de un país y realizar prestaciones laborales en un país distinto al de su origen. El problema surge cuando llega al país de destino. La migración se fundamenta principalmente por motivos laborales. De manera que la seguridad social está unida a la condición de trabajador. A todo esto hay que añadir que existe límites entre las normas dependiendo de los vínculos que unan a los países de destino, es decir, no es lo mismo la libertad de circulación entre los Estados miembros de la Unión europea que cualquier entrada de otro ciudadano procedente fuera de la Unión Europea. Lo que si podemos afirmar es que los trabajadores vayan teniendo un régimen de protección social poco a poco mejor⁹.

Artículo 14 LOEx. Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales:

- 1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.*
- 2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico.*
- 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.*

⁸ Abarca, Ana paloma; Alonso-Olea, Belén; La cruz, Juan Manuel; Martin, Isidoro; Vargas, Marina (2010) *Inmigración y extranjería. Régimen jurídico básico*. Madrid. España. Colex Edit

⁹ González Ortega, S. (2010). *La protección social de los extranjeros en España*. Valencia, España; Editorial: TIRANT LO BLANCH.

Se reconoce claramente que los dos primeros apartados habla de los extranjeros que están residiendo legalmente en España y el acceso a sus derechos a las prestaciones, mientras que el otro punto nos hace destacar aquellos extranjeros que tienen derechos a los servicios y prestaciones sociales básica, cualquiera sea su situación administrativa, es decir, pueden no estar legalmente residiendo en España, y recibir prestaciones básicas.

3.1 Normativa Estatal: El derecho a la Seguridad Social de los extranjeros en la Ley general de Seguridad Social.

La normativa estatal se refiere al Real decreto legislativo 1/1994 de 20 de Junio, por el que se aprueba el texto refundido de Ley General de Seguridad Social (LGSS). Destacando el Art. 10.1 de la LOEx al derecho al trabajo y a la Seguridad Social: *“Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”*.

3.1.1 El campo de aplicación.

Hay que distinguir entre modalidad contributiva y modalidad no contributiva de la Seguridad Social expuesto en el art. 7 LGSS.

De la *modalidad contributiva* incluye a aquellas personas beneficiarias, incluidas dentro del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, establecidas en el art 7.1 LGSS: *“Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España(...)”* Es decir, aquellos extranjeros que se encuentren en España y ejerce su actividad en territorio nacional se equiparan los mismos derechos que a los Españoles, si estos poseen las correspondientes autorizaciones legales para residencia trabajo en España.

En relación a la inclusión a la modalidad no contributiva habrá de destacar el artículo 7.2 LGSS: *“Estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la*

Seguridad Social, a efectos de las prestaciones no contributivas, todos los españoles residentes en territorio español.

También estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones no contributivas, los extranjeros que residan legalmente en territorio español, en los términos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en su caso, en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos internacionales aprobados, suscritos o ratificados al efecto”.

De modo que en este apartado hay que destacar el apartado 2 del artículo 14 LOEx: Nos dice que los *“extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles”*. Mientras que el apartado 3 del artículo 14 LOEx, nos aclara que los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales básicas¹⁰:

Por otro lado, el ejercicio al derecho de la Seguridad Social y aplicada su jurisdicción (es decir aquellos derechos y libertades de protección constitucional, llamados, derechos de configuración legal) habrá que concluir es que están sometidos a lo que dispongan:

1. Los Tratados internacionales relacionados con la seguridad Social, por ejemplo: Convenio de la OIT, núm 97, sobre trabajadores migrantes o Convenio de la OIT núm 102 sobre norma mínima de Seguridad Social.
2. La ley interna española, requisito para recibir prestaciones no contributiva, residir legalmente en España.
 - a) En caso de invalidez: haber residido cinco años de forma continuada antes de su solicitud.
 - b) Jubilación: haber residido diez años entre la edad de dieciséis años y edad de devengo de la pensión.
 - c) En caso de asignación económica por hijo o menor acogido a cargo: residir legalmente en España.

4.1.2 La acción protectora.

¹⁰ González Ortega, S. (2010). La protección social de los extranjeros en España. Valencia, España; Editorial: TIRANT LO BLANCH.

La acción protectora de la Seguridad Social corresponde al artículo 42 LGSS que comprenderá:

“a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo.

b) La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en la letra anterior.

c) Las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; incapacidad permanente contributiva e invalidez no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; protección por cese de actividad; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

d) Las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva.

e) Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de formación y rehabilitación de personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente”.

Estas son las prestaciones de Seguridad Social a las que se refiere en el artículo 14 LOEx, a los servicios y prestaciones sociales generales y básicas¹¹.

4.1.3 La Seguridad Social en la OIT.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) nace en 1919 dependiente de Naciones Unidas, que ha venido realizando una labor progresiva y permanente para la mejora de las condiciones de trabajo de los trabajadores. La OIT está enlazada con otros

¹¹ Abarca, Ana paloma; Alonso-Olea, Belén; La cruz, Juan Manuel; Martin, Isidoro; Vargas, Marina (2010) *Inmigración y extranjería. Régimen jurídico básico*. Madrid. España. Colex Edit

Derechos Humanos reconocidos por Naciones Unidas, y estas deben de estar coordinadas. Por ello se establecieron medidas para luchar contra el desempleo, proteger a los trabajadores de enfermedades y accidentes comunes o profesionales y amparándolos en situaciones de vejez e invalidez. También se ha garantizado asistencia médica y proteger a la mujer y a los niños. Las normas de la OIT para que sean eficaces a los derechos de la seguridad social se realizan mediante convenios y recomendaciones que se vinculan a los Estados que lo ratifican.

Voy a destacar un Convenio de la OIT: El Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102)¹². Ya que este es el principal convenio que estableció la configuración de la Seguridad Social, que permite que los Estados que lo ratifican, establecen las prestaciones a todos los residentes que no superen un determinado nivel, estableciendo que sean financiados mediante impuestos. El convenio establece unas normas mínimas para garantizar la asistencia médica, prestaciones por enfermedad, desempleo, maternidad, invalidez sobreviviente entre otros. Esta norma tiene impuestos unos objetivos que fueron aceptado por los Estados miembros:

- Establecimiento de población mínima protegida.
- Establecer un mínimo de prestación.
- Los requisitos y condiciones para acceder a las prestaciones.
- Actualizar las pensiones.
- La garantía de estas prestaciones.
- Participación de los agentes sociales en el sistema.
- Financiación colectiva mediante impuesto o cotización
- Asistencia social
- Otros.

El consejo de la OIT establece que los Estados firmantes deben de asumir al menos tres contingencias de las nueve establecidas, en las que una debe de incluir la contingencia de larga duración o desempleo. Esta Organización establece a los Estados la obligación de un contenido económico del derecho a la seguridad social para garantizar las necesidades básicas de la protección social, destacando la asistencia médica básica y

¹² Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social (Entrada en vigor: 27 abril 1955) Adopción: Ginebra, 35ª reunión CIT (28 junio 1952) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos).

prestaciones familiares como prioridad. La OIT señala que hay que realizar unos elementos básicos indispensables:

1. Asistencia sanitaria básica de carácter universal.
2. Prestación familiar.
3. Programas de asistencia social.
4. Sistemas de pensiones básicas universales para la vejez, invalidez y supervivencia¹³.

5. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA REGULAR E IRREGULAR.

5.1 La protección social de los extranjeros en situación administrativa regular.

La posición jurídica del ciudadano extranjero es diferente dependiendo de la nacionalidad del ciudadano foráneo, ya que se reconoce a través de las disposiciones normativas que regulan los derechos y libertades de los residentes extranjeros en España y las normas recogidas en los tratados, convenios, acuerdos u otros instrumentos normativos de naturaleza supranacional celebrados en el Estado español y otros Estados. Es legal para aquellos ciudadanos extranjeros en situación administrativa regular en el ámbito de la Seguridad Social, las normas previstas con carácter general en la LOEx y LGSS, y tratados y convenios internacionales suscritos por el Estado español de manera bilateral con otro estado o de modo multilateral con diversos países, fomentados por ellos o bien por instancias internacionales con competencias internacionales.

En la primera agrupación normativa constituye la regla de “equiparación plena” entre los habitantes españoles y los habitantes extranjeros en situación administrativa regular como señala la LOEx, que establece en su art 10 que “*los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como acceder al Sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.*”

La vinculación al brazo contributivo de la seguridad social, coincide con el art 7.1 de la LGSS que constituye dentro del Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que

¹³ González Ortega, S. (2010). La protección social de los extranjeros en España. Valencia, España; Editorial: TIRANT LO BLANCH.

residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional.

En el brazo no contributivo establecido en el art 7.2 de la LGSS estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en territorio nacional y los extranjeros que residan en España¹⁴.

5.1.1 La incorporación al sistema de seguridad social: particularidades en los actos de encuadramiento.

5.1.1.1 En el brazo contributivo:

La incorporación de un ciudadano extranjero al Sistema de Seguridad Social requiere un único requisito exigido para la petición en los actos de afiliación y el alta de estos trabajadores además de los documentos y datos requeridos a los españoles, supone la muestra de la acreditación de extranjero y la autorización previa para trabajar y residencia.

El empleador que solicite contratar a un trabajador no español, deberá de solicitar la autorización administrativa para residir y trabajar, y con ello, asociado al contrato de trabajo que se avale una actividad prolongada del trabajador durante la vigencia de esta autorización (art 36.4 LOEx). Cuando obtenga la autorización, el trabajador debe de poseer el visado de residencia y trabajo, que este le permitirá la entrada y estancia en España en periodo máximo de tres meses. Se exige que en estos tres meses el trabajador deba de realizar el alta en el Sistema Español de Seguridad social. En el caso que no haya realizado el alta al Sistema de Seguridad Social en el plazo de tres meses desde la entrada del ciudadano extranjero en España, es de obligación la salida de España, en caso que se oponga o no lo hiciese, está cometido a una infracción. (art 53 de la LOEx). Por ejemplo: Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

En los términos mencionados, recibida la petición del encuadramiento del trabajador extranjero, la Dirección Provincial de la TGSS, correspondiente a la provincia que establezca abierta la cuenta de cotización del empresario solicitante, deberá de realizar las comprobaciones de la solicitud y documentación presentadas (autorización de residencia y trabajo).

5.1.1.2 En el nivel o brazo no contributivo:

¹⁴González Ortega, S. (2010). La protección social de los extranjeros en España. Valencia, España; Editorial: TIRANT LO BLANCH.

En el nivel no contributivo el art 7.2 LGSS establece que *“estarán comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones no contributivas, todos los españoles residentes en territorio español y los extranjeros que residan legalmente en territorio español, en los términos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”*.

5.1.2 El acceso a las prestaciones. Aplicación de principios convencionales internacionales.

5.1.2.1 En el nivel contributivo:

La norma de “equiparación plena” explicita también el acceso, recibimiento y mantenimiento de las prestaciones de Seguridad Social, certificando que aquel ciudadano extranjero esté recibiendo las prestaciones en la misma conformidad que los españoles. La singular particularidad existente es estar sometido a más de una legislación diferente a la española, que está dentro de más de un ámbito de Seguridad Social, a causa del traslado del país de origen a España.

España ha registrado numerosos convenios con otros países para evitar que los trabajadores nacionales de los Estados firmantes no tengan ningún perjuicio en el acceso a los derechos de la Seguridad Social ni una doble e injustificable protección. Ambos estados firmantes aceptan cualquier reforma sustancial en la legislación de cada estado, con el único requisito que no se incite huecos o lagunas en el uso de las disposiciones modificadas.

- Particularidades de extranjeros que tienen convenios bilaterales con el Estado español en materia de Seguridad Social.

El Estado español ha suscrito convenios bilaterales con los siguientes países en materia de Seguridad Social: Andorra, Australia, Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Corea, Canadá, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Japón, Marruecos, México, Uruguay, Túnez, Perú, Paraguay, República Dominicana, Rusia, Ucrania, Venezuela.

Sin embargo, no todos los convenios que se han firmado entre estados tienen la misma extensión en sus ámbitos objetivos y subjetivos. Sólo en el ámbito subjetivo incluyen a los nacionales de los dos países firmantes que desenvuelvan su actividad laboral en la nación de uno u otro Estado, incluyendo a los familiares. Que se incluyen los países: Argentina, Chile, Colombia, México, Perú, República Dominicana, Rusia.

Otros convenios también incluyen no solo profesionales nacionales y familiares si no también refugiados y apátridas: Filipinas, Túnez, Marruecos, Paraguay, Venezuela, Ucrania.

En los demás convenios se incluyen todos los profesionales de ambos países, comprendiendo los familiares y supervivientes. Así podemos observar en los convenios firmados con Andorra, Australia, Brasil, Canadá, Uruguay, EEUU, Paraguay.

Dependiendo de la voluntad de los Estados firmantes, no todos los convenios están expuestos a contingencias y a prestaciones:

- a) Convenio que incluye todas las asistencias y contingencias: Australia y Chile.
- b) Convenios que incluye todas las asistencias y contingencias, salvo seguridad familiar y desocupación: Andorra y Ecuador.
- c) Convenios que incluye todas las asistencias y contingencias, salvo desocupación: Marruecos, Paraguay, Rusia, Uruguay, Venezuela.
- d) Convenios que adjuntan todas las asistencias y pensiones: Canadá, EEUU, Filipinas que incluye incapacidad temporal por enfermedad común, Ucrania, que incluye incapacidad temporal y gravidez.
- e) Convenio que incluyen todas las prestaciones, pensiones y asistencias derivadas de Accidente de Trabajo y enfermedad profesional: México.
- f) Convenio que incluye las pensiones, sin tener en cuenta la naturaleza del riesgo que la cause: Colombia.
- g) Convenios que adjuntan las prestaciones y regímenes, exceptuando los Regímenes de Funcionarios civiles y militares: Perú, República Dominicana.

Aparte de estas reglas sobre la aplicación subjetiva, objetiva y temporal del contenido de los convenios se concentran unas normas que complementan y matizan la normativa interna española, determinando un régimen jurídico de Seguridad Social particular de extranjeros en situación administrativa regular. Estas normas se simplifican en los siguientes principios: a) “igualdad de trato”; b) “preferencia de aplicación de la legislación interna” c) “ficción del cumplimiento de la situación de alta” d) “conservación de derechos en curso de adquisición” g) “colaboración administrativa”.

a) Principio de igualdad de trato.

Este principio se incluye en todos los convenios internacionales establecidos por el Estado español y otros países, en su legislación interna española de Seguridad Social. De aquí se constituye la norma de “equiparación plena” de todos los derechos de los extranjeros en situación regular con los ciudadanos españoles en relación a la Seguridad Social. El tratado de

igualdad se resume en el mismo tratamiento jurídico de los ciudadanos extranjeros que se encuentren legalmente en España con los derechos y normas jurídicas con los ciudadanos españoles.

b) Principio de preferencia de aplicación de la legislación interna.

Existe más de una legislación que se aplica a un trabajador extranjero, es difícil determinar cual es la normativa aplicable para su afiliación a la Seguridad Social, y posteriormente, a la protección de la contingencia, en caso que se actualice. La norma genérica defendida por el principio de territorialidad, es de aplicación la legislación del país donde realiza la prestación profesional por la que queda comprendido el ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social. Esta regla general se somete a algunas excepciones a la legislación, ya que tanto las legislaciones y los convenios internacionales suponen quiebras al principio de territorialidad. Encontramos en primer lugar, el régimen en el que se prestan los servicios profesionales: Los funcionarios públicos en caso de ser desplazados a otros Estados conserven la protección del Sistema de Seguridad Social del país de origen, sin tener que incorporarse al sistema de país de destino. En segundo lugar encontramos la transitoriedad y la variabilidad del ámbito en que se desarrolla la actividad profesional, es decir, los trabajadores no se integran al Sistema de Seguridad social del lugar que practican su relación profesional, si no que continúan protegidos por el Sistema de Seguridad Social que corresponda, dependiendo de la legislación que aborda la empresa (trabajadores itinerantes), también podemos encontrar los trabajadores del mar, los cuales serán protegidos por el Sistema de Seguridad Social del país a la que la embarcación pertenezca a la empresa por la que han sido contratados.

c) Principio de ficción del cumplimiento de situación de alta.

El principal requisito que se debe de obtener para conceder la cobertura de las prestaciones es la condición de situación de alta en el Sistema de Seguridad Social, por lo que esto supone obtener la condición de protegido y así la obligación de aportar económicamente al sostenimiento del sistema de Seguridad Social. Por ello es de mucha importancia considerarse en situación de alta en el momento en que suceda el hecho causante. Como siempre existe la excepción, en este caso, hay convenios bilaterales que aunque no estén dados de alta en el sistema de seguridad social español, puede aceptarse que se cumple este requisito, si el trabajador está dado de alta en otro país. Por ejemplo, en el convenio de Australia, es considerado aceptado este requisito si es residente o pensionista en el sistema australiano.

d) Principio de conservación de derechos en curso de adquisición

El principio de conservación de derechos en curso de adquisición tiene el objetivo de simplificar que aquellos trabajadores extranjeros puedan realizar la condición del periodo de carencia

exigido, y puedan acceder a la prestación en determinadas condiciones. Esto se realiza a través de unas reglas u operaciones que son la totalización de periodos de cotización, composición de la base reguladora y determinación del importe de la pensión.

e) Principio de colaboración administrativa

A través de este principio se establece la colaboración entre diferentes administraciones de Seguridad Social para el trámite de derechos y obligaciones de los sujetos que constituyen una relación de Seguridad Social. Se basa en facilitar la información sobre los aspectos de interés para los Sistemas de Seguridad Social sobre los sujetos incluidos en ellos (empleadores, empresas, beneficiarios, o persona con relación), en las prestaciones mutuas de asistencia técnica, a través de las oficinas de enlace, en la indemnización y devolución de los gastos asumidos, establecer dispositivos para solucionar amigablemente los conflictos que puedan originar, presentar solicitudes y documentos en el sistema de Seguridad Social del país de residencia. Algunos convenios establecen que la documentación aportada ante el Sistema de Seguridad Social de un Estado, será presentado en la Seguridad Social de otro Estado (Rusia, Túnez, Perú...) Otros convenios establecen que la solicitud debe presentarse ante el sistema del país en el que reside (Venezuela, Paraguay, Ecuador...) Este principio promueve también en abonar anticipos al interesado durante el procedimiento del expediente para su concesión.

5.1.2.2 En el nivel no contributivo:

Así mismo, la norma de ‘equiparación plena’ se concibe como el uso en el acceso, percibo y mantenimiento de las prestaciones de Seguridad Social previstas en el brazo no contributivo del Sistema español, de manera que no existen diferencias entre los ciudadanos españoles y los ciudadanos foráneos en situación regular. De manera, que para acceder a este nivel no contributivo se debe acreditar la realización de las condiciones establecidas para ello en los mismo términos y condiciones que los españoles¹⁵.

6. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR.

La demanda del extranjero a la solicitud de entrada a la Seguridad Social y acogerlos en su ámbito de protección supone constitucionalmente la igualdad y no exclusión, expuestos en los convenios internacionales, y constituido en el art 14 CE. Existen trabajadores extranjeros que tienen una posición diferente. Existen dos grupos

¹⁵González Ortega, S. (2010). La protección social de los extranjeros en España. Valencia, España; Editorial: TIRANT LO BLANCH.

de trabajadores extranjeros que se diferencia por su situación administrativa: regulares e irregulares. Los trabajadores irregulares reciben un tratamiento más desfavorable. El objeto de análisis se limita acorde a un doble elemento, subjetivo y objetivo. El elemento subjetivo se concentra en trabajadores extranjeros irregulares que no posean residencia legal en España, o bien que posean residencia pero sin autorización para trabajar. En relación al elemento objetivo, se hará mención a los actos de encuadramiento y cotización en el Régimen General de Seguridad Social, ya que rigen de aplicación los reglamentos del Sistema de Seguridad Social en materia de actos de encuadramiento y cotización.

3.1 Encuadramiento y cotización de trabajadores extranjeros extracomunitarios en situación administrativa irregular.

La irregularidad hace referencia a dos circunstancias diferentes: Situación cuando un trabajador extranjero está ejerciendo una prestación laboral para un empresario que no ha obtenido una autorización para trabajar, que al no haber obtenido las autorizaciones, tienen prohibido la realización laboral en España. La otra parte un empresario contrata a un empleado extranjero en situación administrativa regular y no realiza las obligaciones de encuadramiento. Éste último, se trata más de una irregularidad laboral que una irregularidad en Seguridad Social.

6.1.1 Los actos administrativos de extranjería como determinantes del encuadramiento y de la obligación de cotizar.

La primera posición a tratar es cuando un extranjero es contratado por un empresario, pero no agrupa las condiciones formales y documentales requeridas por la legislación laboral y extranjería para poder trabajar de forma regular, y a veces, encuentra dificultades para ser afiliado o dado de alta en el Sistema de Seguridad Social. Carece de autorización previa para trabajar y es un procedimiento que debe realizar el empresario y su insuficiencia puede proceder a los siguientes supuestos de actuación:

- a) La petición de afiliación y alta sin cumplimiento de las condiciones exigidas por que el trabajador no posea una autorización para trabajar o residencia legal, no se valorará la solicitud de afiliación o alta inicial de un trabajador si no se les ha proporcionado anteriormente la autorización para trabajar, con la finalidad de evitar esta práctica habitual del empresario de usar estas solicitudes como medio de legalizar a los trabajadores.

- b) Tratamiento de una prestación laboral sin solicitud de afiliación ni alta, vinculada a un trabajador irregular con un sentido administrativo y laboral.

6.2 Procedimiento por parte de la doctrina, la jurisprudencia y la TGSS tras la aprobación de la LOEx.

En la LOEx, se introduce un campo de reconocimiento de derechos al extranjero pese a su situación irregular. Anteriormente el art 33.3 LOEx establecía: “ *Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero* ” lo que más tarde, fue modificado estableciendo que: “ *Los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán de obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social. La carencia de la correspondiente autorización para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero* ”.

A partir de este sentido, se cuestiona como debería interpretarse los términos “no invalidará” y “derechos del trabajador extranjero”. En base al primer término, se rechaza el planteamiento de considerar válido el contrato de trabajo, pues perdería el contenido de la exigencia del permiso de trabajo. De igual modo, no existiría la posibilidad de establecer la nulidad, ya que se les asignan derechos al trabajador y no es posible en presuntos de nulidad radical, si no que existiría nulidad relativa. En cuanto a los derechos del trabajador extranjero, se mantiene la inseguridad de los derechos a que hace referencia la norma, reputando el contrato como válido y eficaz para normalizar la relación jurídica entre empresario y trabajo.

A partir de la LO 14/2003, se produce una nueva composición del art 36.3 LOEx que establece que la falta de autorización para trabajar no supone la nulidad del contrato y que tiene derecho a la prestación de Seguridad Social, sin perjuicio de las responsabilidades de los empresarios en la Seguridad Social. A partir del 2009, aparece la nueva Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración

social, que estableció el art 36.5 LOEx: *‘‘La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero’’*.

La sanción en caso de emplear a un trabajador extranjero sin la previa autorización de trabajo, encontramos el art 48 de la ley 62/2003 que establece: *‘‘cuando se sancione a un empleador que utilice un trabajador extranjero sin la preceptiva autorización de trabajo, el importe de la multa establecido en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se incrementará en la cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios. De esta manera, en el acta de infracción que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social levante al efecto, la propuesta de sanción especificará los parámetros utilizados para el cálculo de la cuantía total de la multa según lo indicado en el apartado anterior.*

La segunda interpretación es aquella sostenida por el INSS que se interpreta en el antiguo art 36.3 LOEx, de un supuesto de alto pleno derecho. La cual es definida en el art 125.2 LGSS que nos dice: *‘‘los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiese cumplido sus obligaciones’’*. Pues en este caso se debería de realizar las cotizaciones correspondientes por parte de los trabajadores y empresarios y de tal manera, que el trabajador extranjero irregular recibirá un trato similar entre trabajadores en situación administrativa regulares por contingencias profesionales. La última interpretación que es apoyada por la TGSS es la inviabilidad de considerar valido el encuadramiento ni la cotización afín a los trabajadores extranjeros irregulares.

No se producirá una incorporación formal y regular al Sistema de Seguridad Social, ya que está asociada a la autorización de trabajo y residencia. Por tanto, esta normativa constituye que el trabajador puede acceder a las prestaciones pero no al Sistema de Seguridad Social¹⁶.

6.3 La protección de contingencias profesionales en el Sistema de Seguridad Social Español: prestaciones derivadas de accidente trabajo y enfermedad profesional.

En España podemos encontrar a un extranjero no nacional con diferente carácter administrativo, en situación administrativa regular y situación administrativa irregular, de manera que la situación de regularidad es bivalente (El extranjero está en situación administrativa regular o no lo está) mientras que la situación administrativa de irregularidad no es bivalente, con lo cual tiene sus aspectos confusos. Un trabajador extranjero se puede encontrar en situación de irregularidad inicial y situación de irregular sobrevenida, es decir, por causa de la extinción de la autorizaciones iniciales. Se puede distinguir entre situaciones de irregularidad total, es decir, no tiene autorizaciones administrativas de residencia y trabajo, y la situación de irregularidad parcial, es decir, tiene acceso a una autorización para residir, pero no desarrolla una actividad laboral. La legislación de Seguridad Social es obvia exigiendo a los trabajadores extranjeros su situación de regularidad, para equiparar los mismos derechos a los trabajadores nacionales (han de tener las autorizaciones de trabajo y residencia). Si no se cumple estos requisitos no estarían incluidos en el Sistema de Seguridad Social (art 7.1 LGSS) y no accedería nunca al nivel contributivo y quedaría desprotegido del trabajador extranjero.

El Sistema de Seguridad Social nace como un sistema para la protección de situaciones en la que presenta necesidad que afectan a sus trabajadores, como por ejemplo una pérdida de ingresos o un incremento de gastos. Por lo que da origen a una nueva legislación social en relación a accidentes de trabajo y protección de la enfermedad profesional. Dentro de las contingencias profesionales podemos encontrar varias posiciones protegidas por contingencias comunes, como son el accidente no laboral y enfermedad común y situaciones asimiladas, mientras que las contingencias profesionales podemos encontrar situaciones como los accidente de trabajo y

¹⁶ González Ortega, S. (2010). La protección social de los extranjeros en España. Valencia, España; Editorial: TIRANT LO BLANCH.

enfermedad profesional. Entre los ejes fundamentales de protección de contingencias profesionales comparándola con las situaciones protegidas de contingencias comunes aparecen tres: el alta presunta o pleno derecho (art 125.3 LGSS) los periodos de cotización para el acceso a prestaciones por contingencias profesionales (art 124.4 LGSS) y prestaciones automáticas y anticipo por parte de las entidades gestoras cuando el empresario omite obligaciones de encuadramiento y cotización (art 126-127 LGSS).

Las situaciones de irregularidad que acabamos de referir no tienen repercusión, ni existencia, ni intensidad de la acción protectora del Sistema para aquellos trabajadores que se encuentren en estas situaciones. Para estas prestaciones de contingencia profesional no es requisito la afiliación en el régimen profesional, ya que solo se puede exigir al trabajador la situación de ser beneficiario de una prestación.

Incluidas dentro de las prestaciones en situaciones de accidente de trabajo, enfermedad profesional, que se convierten en prestaciones de incapacidad, temporal o permanente, de muerte o supervivencia, hay que destacar la protección del desempleo en su modalidad contributiva. El servicio de empleo público adelantará la prestación. De manera que esta prestación por situación de desempleo puede afectar al derecho prestacional, ya que puede verse relativizado con aquellos requisitos generales de afiliación, alta y periodo de carencia, ya que el trabajador extranjero no puede cumplir con la situación legal de desempleo y no puede cumplir con esas obligaciones derivadas de la situación protegida (voluntad y capacidad protegida). Es cierto que si se encuentra en situación de irregularidad no puede buscar empleo, ni compromiso profesional.

Siempre a lo largo de los años ha existido una dualidad, de equiparación entre los derechos de los extranjeros y los españoles, ya que el primer grupo de extranjeros en situación de regularidad/legalidad, puede encontrarse también una situación administrativa irregular y el debate está en si estos trabajadores extranjeros pueden beneficiarse de la protección del Sistema de Seguridad Social frente a las contingencias profesionales. Pero desde punto de vista de varias opiniones sería erróneo que los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular tuviesen la misma protección que los trabajadores nacionales o extranjeros irregulares¹⁷.

¹⁷ González Ortega, S. (2010). La protección social de los extranjeros en España. Valencia, España; Editorial: TIRANT LO BLANCH.

6.3.1 Prestaciones de incapacidad temporal, pensiones de incapacidad permanente o de muerte y supervivencia derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional: Soluciones Judiciales.

La doctrina judicial se sustentó en la ilegalidad del contrato consagrado entre un empresario y un trabajador extranjero en situación de irregularidad, lo que estableció que los trabajadores no nacionales que estuviesen sin permiso de trabajo, y a su vez, realizaran una prestación de servicios, y sufrieran un accidente de trabajo, quedarían protegidos, equiparando a los derechos de los trabajadores en situación regular. Con lo que no excluía al trabajador, sin estar dado de alta en la Seguridad Social, a la cobertura de accidentes laborales. La protección deberá de ser materializada a través de las prestaciones de responsabilidad empresarial, el anticipo de las prestaciones por las entidades gestoras y colaboradoras, así también como la responsabilidad subsidiaria del INSS, en caso de insolvencia por la entidad gestora o colaboradora. (Art 126 LGSS)

De hecho, el concepto de sujeto protegido (aquel sujeto que posee residencia legal en España y además realiza una prestación laboral legal) queda separado transformando un nuevo concepto: sujeto beneficiario, que está dentro del ámbito objetivo (acción protectora), mientras que queda fuera del ámbito subjetivo (campo de aplicación). De manera que a través de la nueva doctrina jurisprudencial es posible que un trabajador que no está dentro del campo de aplicación, si podría recibir la misma protección que aquellos que están dentro del campo de aplicación cumpliendo los requisitos. (Art 7 LGSS).

6.4 Protección social derivadas de contingencias comunes.

El trabajador extranjero puede recibir algunas prestaciones del sistema en caso de situación irregular laboral, por contingencias profesionales, igualmente contributivas pero además también puede recibir por contingencias comunes. El nuevo art 36.5 de la LOEx da limitaciones a aquellas prestaciones que sean compatibles con su naturaleza, en aquellas prestaciones de origen profesional no existe este requisito ya que los convenios internacionales no limitan el derecho por la razón de compatibilidad.

a) La naturaleza de derecho

Se trata de constituir cuál es la naturaleza del derecho. Hemos establecido que un trabajador extranjero irregular no puede estar incluido en el sistema de Seguridad social, (ni por alta presunta) respecto a las contingencias profesionales. Tampoco puede ni

darse de alta ni afiliarse ni puede cotizar el empresario por él, por lo que peramente fuera del sistema de las contingencias comunes. Por lo que el trabajador en situación administrativa irregular deberá de cumplimentar los requisitos correspondientes para su protección, es decir, deberá probar que se ha realizado un trabajo asalariado en un tiempo mínimo determinado en caso de cotización previa o carencia, similar a la duración de esta. El trabajador extranjero en situación administrativa irregular podrá reclamar la dicha prestación sin ser rechazada por falta de encuadramiento formal y ausencia de cotización.

b) El contenido del derecho.

El trabajador puede reclamar su derecho a la prestación de seguridad social por contingencias comunes, reconociendo de qué tipo de prestaciones se trata, si son prestaciones del sistema de seguridad social o prestaciones económicas de igual cuantía. Dependiendo del art 42.2 RD 84/1996 interpreta si el trabajador tiene la capacidad de obtener prestaciones, este lo reconocerá dentro del sistema. Estas pueden ser imprecisas y se formula las siguientes consecuencias.

Destacamos que la responsabilidad de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales por el trabajador extranjero irregular no recae en la entidad gestora, ya que requiere alta en el Sistema de Seguridad Social y es imposible, con lo que puede ser considerado responsable el empresario en el caso que haya incumplimiento al solicitar la autorización de trabajo, lo que genera, dificultad en las obligación de afiliación/ alta y cotización (art 126.2 LGSS)

En el caso de compatibilidades entre prestaciones con la situación del extranjero no nacional, las prestaciones de pequeño alcance (excluyendo al desempleo), como la incapacidad temporal, la maternidad, el riesgo durante el embarazo o la lactancia se consideran compatibles con un trabajador extranjero en situación administrativa irregular, en el caso que no tengas ni autorización para la residencia en el país, en este caso no podrás disfrutar dichas prestaciones. En cuanto a las prestaciones de largo alcance, como la jubilación o incapacidad, también resulta compatible de la misma forma que corte alcance, (residencia legal). Existe incompatibilidad en el caso de

reclamar las prestaciones, reconocidas otorgadas y bajo responsabilidad de la entidad gestora¹⁸.

6.4.1 Prestación de desempleo en modalidad contributiva.

Hasta la reforma de la LOEX de 2003 (LO 14/2003, de 20 de noviembre) se precisaba tener claro si el contrato de un trabajador no nacional en situación administrativa era nulo o no. De manera que una vez extinguida el negocio jurídico entre el empresario y el extranjero en situación administrativa irregular pudiera declararse despido y así poder poseer los efectos de esta institución (indemnizaciones, prestaciones, readmisión...).

A través de la sentencia del tribunal supremo de 18 de marzo de 2008 se ha revelado la doctrina general ante situación ideal para las situaciones de desempleo. Cuando existe una extinción entre empresario y trabajador no nacional en situación administrativa irregular, se pretende ser beneficiario de una prestación por desempleo, pero esta, debido a su variedad de supuestos, no hay una solución única. Algunas de las soluciones que plantea esta doctrina pueden ser, cuando un extranjero en situación administrativa irregular ha extinguido una relación laboral con un empresario, que al menos cuente con autorización administrativa en territorio español, será posible hacer constancia de la situación irregular parcial (ausencia de autorización administrativa para trabajar) inicial o sobrevenida podrán ser beneficiarios de esta citada prestación.

Cuando exista situación de irregularidad total inicial o irregularidad total sobrevenida, no puede recibir tal prestación de desempleo. Por lo que, cuando exista esta ultimas situaciones el extranjero que no obtenga autorización de residencia no puede prescindir de autorización para trabajar. En el que debemos de resaltar el art 36.5 de la LOEx: *‘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*

¹⁸ González Ortega, S. (2010). La protección social de los extranjeros en España. Valencia, España; Editorial: TIRANT LO BLANCH.

obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero”.

6.5 El nivel no contributivo de la protección social en el sistema de Seguridad Social.

Como ya sabemos el sistema de Seguridad Social español se compone de dos niveles: Nivel contributivo o profesional y el nivel no contributivo o asistencial. Refiriéndose al nivel contributivo, claramente no está provisto de un principio de universalidad debido a que está bajo unos requisitos y condiciones que difícilmente tendrán acceso aquellos que no prestan servicios para el sistema. Mientras que el nivel no contributivo alude a una situación efectiva de necesidad económica, a la vista de petición del art 41 CE, ya que se intenta dar cobertura a situaciones reales de escasez de recursos y no meramente presuntas.

El objeto de estudio en el ámbito de los extranjeros irregulares no comunitarios, serán las determinadas protecciones que reciben los extranjeros no regulares cuando no estén realizando una actividad profesional pero existe una situación real de necesidad.

6.5.1 Elementos definidos de la prestación del nivel no contributivo.

En el nivel no contributivo del sistema de Seguridad Social se demuestra, a diferencia del nivel contributivo, la necesidad real y efectiva de recursos económicos que aspiran a ser sujeto protegido, por la carencia total o absoluta de los recursos mínimos de subsistencia. En el nivel contributivo, conlleva la función de remplazar las rentas dejadas de indemnizar la carencia real de ingresos. Estos han originado dimensiones protectoras como los salarios de subsistencia, salarios sociales o de solidaridad dirigida, a facilitar recursos a aquellos que no pueden obtener aunque tenga capacidad y quieran prestar servicios. Los posibles destinatarios son aquellos ciudadanos no asegurables (pobres y marginados que viven fuera de la economía de mercado), los no asegurados (trabajadores por cuenta ajena y propia dependiendo de una economía desigual) y los infra asegurados (asegurados intermitentes y asegurados parciales).

El sistema español de Seguridad Social ha limitado la capacidad de estas prestaciones no contributivas o de garantía de mínimos de subsistencia a las prestaciones de invalidez

permanente y jubilación. Para obtener este derecho a las determinadas prestaciones del nivel de protección, no se requiere que el individuo carezca de ingresos de forma total, si no que se precisa que no se supere un determinado nivel de ingresos estipulado por ley. Por ejemplo en el caso de familiares numerosas, tienen ingresos, pero no consiguen superar el umbral mínimo de pobreza, por lo que tendrían derecho a este nivel de protección. Por lo que el requisito necesario que delimita este derecho, es probar recursos insuficientes o acreditar situación de pobreza.

Otro requisito indispensable para recibir este tipo de protección es la residencia en España, al margen de la nacionalidad, por lo que resulta lógico, que quien no ha residido nunca, insuficiente o de forma regular no tendrá acceso a este tipo de protección¹⁹.

6.5.2 Requisitos para acceder a la protección: ausencia de recursos y el requisito de residencia.

No existe un artículo exacto sobre los requisitos en las prestaciones no contributivas, solo aparece en el art 7.3 LGSS, que delimita a los ‘*españoles en el territorio nacional*’. Se determinará las diferentes prestaciones a los diferentes niveles de protección, siendo así la carencia de recursos y residencia en España.

a) Requisito de carencia de recursos.

Este requisito está asociado a la función que estas prestaciones realizan dentro de la protección general, es decir, indemnizar la carencia o escasez de los ingresos o rentas obligatorias para la subsistencia (pensiones no contributivas de jubilación e invalidez); o la deficiencia de tales recursos relacionados con los recursos mínimos para un núcleo familiar (supuesto de los complementos de mínimos); o la pobreza de esos recursos familiares para afrontar determinados gastos (prestaciones por hijo a cargo).

b) Requisito de residencia.

El requisito de residencia determina en su art 7.3 LGSS, ‘*...españoles residentes en territorio español*’. De manera que aparecen dos exigencias, nacionalidad y residencia, en el ámbito subjetivo del nivel de protección del nivel no contributivo. Pero hace más hincapié en el requisito de su residencia, es decir, un español que no esté residiendo en España no

¹⁹González Ortega, S. (2010). La protección social de los extranjeros en España. Valencia, España; Editorial: TIRANT LO BLANCH.

podrá tener acceso a estas prestaciones, aún conlleve su nacionalidad española, mientras que un extranjero residente en España, no posee nacionalidad española, pero puede recibir dicha prestación.

Por ejemplo, las pensiones de invalidez y jubilación, no solo requieren el requisito de residencia en el momento de solicitarse, si no que es preciso que exista un cierto periodo de residencia anterior a sus solicitud para garantizar su pertenencia del sujeto al lugar que se financia la correspondiente prestación (cinco años en caso de invalidez y diez años en caso de jubilación). En caso de hijo a cargo, se exige estar en residencia española en el momento de solicitud y además durante el tiempo de su disfrute.

En el art. 14.1 LGSS, podemos hacer referencia a qué extranjeros se equiparan a los mismos derechos que los españoles, ya que se establecieron vínculos con otros países al territorio español para obtener las prestaciones no contributivas que puedan recibir los extranjeros en España equiparados a los nacionales, como por ejemplo, por razones históricas (hispanoamericanos, portugueses, brasileños, filipinos y andorranos). Aquellos países que se encuentren vinculados a través de Convenios, Tratados, Acuerdos o instrumentos ratificados o cuando le fuese aplicable en virtud de reciprocidad tacita o reconocida. También hay que destacar que también pueden acceder a estas prestaciones, los ciudadanos comunitarios de la unión europea en el ámbito del reglamento CEE, también los nacionales de países que mantiene acuerdos de cooperación con la unión Europea, que se les reconoce el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (Marruecos, Túnez y Argelia). Aquellos países que mantienen España convenios bilaterales en Seguridad Social (Canadá, Protocolo de convenio de 19 de octubre de 1995; Ucrania, Convenio de 7 de Octubre de 1996; Chile, Convenio de 28 de enero de 1997,) Haciendo referencia a los apátridas (Nueva York el 28 de septiembre de 1954) Refugiados (Convenio en Ginebra el 28 de julio de 1951).

6.5.2.1 Prestaciones de invalidez y jubilación, prestaciones familiares y prestación por desempleo en el ámbito no contributivo.

- a) *Prestación por invalidez y jubilación:* El art 367 LGSS, relativo a la invalidez no contributiva establece que: *“podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quien la padece”*. De manera que la prestación de jubilación no contributiva es una prestación

periódica por cumplir la edad de 65 años (art 167-170 LGSS). Para obtener estas prestaciones es necesario acreditar residencia legal (art 31 y 32 LOEx) y carencia de recursos, que hay añadir en el caso de jubilación, alcanzar una edad mínima, y para el caso de invalidez, alcanzar un porcentaje de minusvalía. Por tanto esto se complica para los trabajadores extranjeros en situaciones administrativa irregular ya que deberá de acreditar la residencia legal, ya que no es habitual que este colectivo demuestre autorización de residencia, debido a su estancia irregular.

- b) *Prestación familiar*: El objetivo de esta prestación es atender a las necesidades que se originan en el exceso de gastos que han ocasionado el nacimiento o adopción del hijo en el amparo familiar (menor de 18 años) y también puede incluirse dentro de éste ámbito el defecto que puedan surgir los progenitores cuando tengan que abandonar, temporal o permanentemente, el mercado de trabajo, es decir, aquellos que acrediten una minusvalía igual o superior al 65 por 100. En este caso es necesario la demostración de doble nacionalidad, es decir, tanto del sujeto causante como la de sujeto beneficiario. Hay que destacar algún caso, respecto a la prestación por parto o adopción múltiple (art 187 LGSS), si existe falta de acuerdo entre los progenitores se determinará la madre que sea beneficiaria y demostrar la residencia legal. Por otro lado, en el caso que el padre esté en situación administrativa regular y la madre no, y se practique desacuerdo entre progenitores, será beneficiaria la madre, que en este caso no está regularizada, por lo que el hijo o adoptado podría quedarse sin beneficio de esta prestación.
- c) *Prestación por desempleo*: El nivel de prestación por desempleo se diferencia por dos niveles: contributivo y otro asistencial. De esta manera cuando estemos realizando una actividad profesional debemos de cotizar en el Sistema de Seguridad Social, y cuando carezcamos de trabajo, recibiremos una prestación para auxiliar esta necesidad, de manera, que si esta situación de desempleo se prolonga, necesitaríamos una prestación asistencial. De esta manera, este nivel asistencial, requiere dos requisitos, que sea figurante de empleo y que además no haya rechazado ninguna oferta de empleo y que acredite que carece de rentas con naturaleza superior en cómputo mensual al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional.
- Existen diferentes situaciones para solicitar este tipo de prestaciones:
- Agotar la prestación contributiva por desempleo (art 274 LGSS)
 - No acceso a la protección del nivel contributivo por no reunir el periodo de carencia exigido (art 274 LGSS).

- Haber sido declarado plenamente capaz o incapacitado en el grado de incapacidad permanente parcial (ART 274 d) LGSS).
- Ser trabajador español emigrado retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo y acreditar que ha trabajado 6 meses fuera, y demuestre su situación de desempleo (art 274 c) LGSS
- Serán beneficiarios los españoles liberados de prisión los que acrediten ser figurado como demandantes de empleo durante el plazo de un mes, sin haber rechazado oferta de empleo y no haber negado participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales (art 274.1 LGSS).

Hay que destacar el colectivo de extranjeros irregulares que han sido liberados de prisión, que tienen derecho a desempleo, siempre que la privatización de libertad haya sido superior a seis meses. Estos podrán acreditar el derecho a esta prestación asistencial siempre que hayan demostrado la residencia legal en el momento de su ingreso al centro penitenciario, y en su caso de salida no tengan esa autorización de residencia, por su caducidad o cualquier otra índole. El objetivo es intentar convertir la irregularidad en regularidad y reinserción laboral del penado²⁰.

4. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA.

4.1 Consideraciones generales.

La protección de la salud constituye un valor universal, reflejado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, protagonista del ‘‘modelo social europeo’’. Consagrada también en el art 43 de nuestra Carta Magna²¹. El artículo 12 LOEx establece:

1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

²¹ González Ortega, S. (2010). La protección de los extranjeros en el sistema nacional de salud. *La protección social de los extranjeros en España*. Valencia, España; Editorial: TIRANT LO BLANCH. (p 433)

2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

4. Las extranjeras embarazadas que se encuentran en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

Haciendo referencia a este artículo y a los principios recogidos el art 3 LOEx y su jurisprudencia constitucional citada, los extranjeros gozarán del derecho a la asistencia sanitaria en los términos establecidos en la Declaración Universal de Derechos humanos, tratados y acuerdos internacionales y leyes que lo desarrollen.

- Desde el Derecho Internacional, se destaca: el art 25 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se reconoce el derecho a la salud y asistencia médica. La OIT convenio núm. 164 sobre la protección de la salud y asistencia médica de la gente del mar. El art 12.1 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, destaca toda persona del disfrute del más alto nivel de salud física posible.
- Desde el Derecho interno, se tiene en cuenta la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Al resultado de la comparación del art 1.2 Ley General de Sanidad y el art 3 de la Ley de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud con el art 12 LOEx, podemos comprobar que los beneficiarios a las prestaciones sanitarias no sólo van a ser los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, sino también los extranjeros en situación irregular en determinadas circunstancias y prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

4.2 El derecho a la Asistencia sanitaria del extranjero mayor de edad.

El art 12.1 LOEx establece que los extranjero que se encuentren en España inscritos en el padrón municipal en su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Se excluyen los extranjeros que se encuentren en situación administrativa irregular por varios motivos:

1º Situaciones que el extranjero no acredita residencia ni estancia en España y no sean titulares de la autorización para residir. Incumplimiento del primer precepto del artículo 12 LOEx.

2º La inscripción de extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de residencia legal en España ni ningún derecho que les confiera la legislación vigente. En la residencia se requiere la correspondiente autorización administrativa.

3º Este reglamento otorga el derecho a la asistencia universal solo a los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes.

Por otro lado, las comunidades autónomas están ampliando las coberturas sanitarias a los extranjeros en situación administrativa irregular al concederles la correspondiente tarjeta sanitaria por el hecho de estar empadronado en el ayuntamiento en el que residen habitualmente y carecer de recursos económicos. El estado exige residencia legal mientras que algunas comunidades autónomas exigen residencia de hecho.

4.3 El derecho a la asistencia sanitaria de urgencia.

El art 12.2 LOEx establece el reconocimiento al derecho de la asistencia sanitaria pública de urgencia cuando la persona extranjera contraiga enfermedades graves o sufra algún accidente cualquiera que sea su causa, es decir, durará hasta el alta médica. El titular del derecho es el extranjero mayor de edad, que no es residente ni está empadronado. Se entenderá como aquellas situaciones de asistencia sanitaria de urgencia:

- Exista riesgo en la integridad de los órganos vitales importantes.
- Deterioro en la integridad de la salud de paciente.
- Situaciones que pongan en peligro la vida.

4.4 El derecho a la asistencia sanitaria del extranjero menor de edad.

El art 12. 3 LOEx determina que los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Un menor indocumentado cuya minoría de edad no puede ser establecida se le dará los servicios competentes de protección de menores a la atención inmediata que precise. El Ministerio Fiscal dispondrá del conocimiento inmediato de la edad del menor a través de pruebas que no son de tipo médico ni intervenciones terapéuticas (art 35 LOEx).

Estos derechos obedecen al cumplimiento de Tratados Internacionales, en especial, la Convención sobre Derechos del Niño, que garantiza el nivel más alto de salud y servicios para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación de la salud.

4.5 El derecho a la Asistencia sanitaria de la extranjera Embarazada.

El art 12.4 de la LOEx establece que las mujeres extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto. Se le atribuye los mismos derechos que a las españolas.

La ciudadana extranjera no necesita residir o encontrarse legalmente en España, ni estar empadronada, protegiendo a la mujer y a la maternidad.

Este derecho se inicia con el embarazo, continúa en la gestación hasta que se produzca el parto. El derecho a la asistencia sanitaria del periodo de postparto, sería de seis semanas, que son las que protegen el puerperio de la maternidad biológica.

Este derecho también está incluido dentro de la ratificación por el Reino de España de la Convención de los Derechos del Niño, para asegurar la sanidad prenatal y postnatal apropiada a las madres²².

5. CONCLUSIONES

La normativa internacional está cooperando para una obtener un régimen de protección social entre los trabajadores extranjeros. Al menos para aquellos extranjeros que estando en nuestro país y están en situación de regularidad se les reconocerá los derechos y un trato igualitario en materia de Seguridad Social. De cualquier forma, las normas internacionales han ido prosperando debido a la necesidad de extranjeros de encontrarse en situación de desprotección social. Es cierto que aún queda mucho camino por recorrer, no solo debemos de proteger a aquellos extranjeros regulares, sino también a aquellos extranjeros en situación de irregularidad, que están prestando servicios para el país de origen, por obligaciones empresariales o situación socio laboral. Un influyente de estas normas internacionales son las circunstancias económicas y de desarrollo del país que recibe extranjeros. Los países más desarrollados podrían ampliar su protección, ya que son los que más reciben a este tipo de trabajadores, y no disminuirla.

La realidad en la que nos encontramos es compleja, ya que las poblaciones precisan de otras necesidades, el envejecimiento de la población europea, nuevos modelos familiares, la necesidad de mano obra extranjera. La coordinación se presenta verdaderamente complicada, pues la diversidad de realidades sociales deben realizarse para que convivan con varias regulaciones. Los principios convencionales internacionales facilitan que los

²² Abarca, Ana paloma; Alonso-Olea, Belén; La cruz, Juan Manuel; Martin, Isidoro; Vargas, Marina (2010) *Inmigración y extranjería. Régimen jurídico básico*. Madrid. España. Colex Edit

ciudadanos extranjeros en situación regular reúnan los requisitos exigidos para acceder a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, para determinar su cuantía, y para realizar su pago, resultando, en consecuencia, la coordinación como una técnica legislativa idónea para eliminar los obstáculos que impidan la aplicación de diferentes legislaciones nacionales de Seguridad Social a los trabajadores migrantes. El esfuerzo realizado por el Estado Español es significativo, se ha avanzado en este terreno pero no lo suficiente, no todas las normas internacionales incluidas en los convenios tienen la misma extensión en el ámbito subjetivo y objetivo. Pese al gran número de convenios suscritos con países extracomunitarios, aún existen países extracomunitarios con los que no se han suscrito convenios.

En todo caso, ante los problemas que se plantean en la ordenación actual, sería adecuado que el legislador dispusiera con claridad las prestaciones o servicios de cada ámbito (servicios sociales, prestaciones económicas de garantía de ingresos mínimos, prestaciones y servicios de atención a la dependencia), habrían de reconocerse a los extranjeros que se encuentren irregularmente en territorio español. Una buena elección es el reconocimiento a los extranjeros en situación irregular de las prestaciones y servicios que sean necesarios para subsistir en condiciones dignas; una ayuda económica, si carece de recursos mínimos, medidas de inserción, si son personas en riesgo de exclusión social, y una ayuda material si no puede valerse por sí mismo.

6. Bibliografía.

- Abarca, Ana paloma; Alonso-Olea, Belén; La cruz, Juan Manuel; Martín, Isidoro; Vargas, Marina (2010) *Inmigración y extranjería. Régimen jurídico básico*. Madrid. España. Colex Edit.
- Asamblea General de las Naciones (1948). *La declaración universal de derechos humanos*. Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (Consultada en: 15/09/2017).
- *Convenio relativo a los trabajadores migrantes*. (revisado en 1949) (Entrada en vigor: 22 enero 1952) Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT (01 julio 1949) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos). (Consultado en: 7/9/2017).

- *Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social.* (Entrada en vigor: 27 abril 1955) Adopción: Ginebra, 35ª reunión CIT (28 junio 1952) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos). Disponible:
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312247. (Consultado en 7/9/2017).
- *Constitución Española.* Madrid: Jefatura del Estado. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229 (Consultado en: 2/08/2017).
- *Convenio relativo a la norma mínima de la seguridad social* (Entrada en vigor: 27 abril 1955) Adopción: Ginebra, 35ª reunión CIT (28 junio 1952) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos).
- González Ortega S. (2010). *La protección social de los extranjeros en España.* Valencia, España; Editorial TIRANT LO BLANCH.
- *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.* Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544> (Consultado: 25/08/2017).
- *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.* Órgano JEFATURA DEL ESTADO. Publicado en BOE núm. 313 de 31 de Diciembre de 2003. Vigencia desde 01 de Enero de 2004. Revisión vigente desde 01 de Enero de 2016.
- *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.* Órgano JEFATURA DEL ESTADO. Publicado en BOE núm. 313 de 31 de Diciembre de 2003. Vigencia desde 01 de Enero de 2004. Revisión vigente desde 01 de Enero de 2016.
- *Organización internacional del trabajo.* http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312247.

- *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.*
Disponible en: http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/095093.

- *Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.* Órgano ministerio de trabajo y seguridad social. Publicado en BOE de 27 de Febrero de 1996. Vigencia desde 01 de Marzo de 1996. Revisión vigente desde 01 de Septiembre de 2015.

- Triguero Martínez, L.A (2010): *Nueva reforma de la ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social.*
Revistas electrónicas ujaén:
<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/viewFile/124/111>
Actualizada. (Consultada en 17/9/2017)

