



VNIVERSITAT Æ VALÈNCIA

Facultad de Derecho

Instituto de Derechos Humanos

Programa de Doctorado en Derechos Humanos, Democracia y

Justicia Internacional

**EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO
DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL: ADAPTACIÓN
DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL A LOS
PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD E IGUALDAD
RECONOCIDOS EN EL ÁMBITO EUROPEO E
INTERNACIONAL.**

TESIS DOCTORAL

Presentada por: Ana Nieves Escribá Pérez

Dirigida por: Dra. Dña. Gemma Fabregat Monfort

Valencia, Mayo 2017

A mi marido Vicen y a mis hijos Claudia y Álvaro, por su infinita paciencia. A mis padres, mis hermanas y a toda mi familia y amigos, por su incondicional apoyo. A todos los grandes profesores que me han ayudado en este proyecto, por su admirable dedicación. A todos los que, de un modo u otro, me han acompañado en este intenso viaje, por su valioso impulso.

Gracias.

***“El propósito de la protección social
no es la mera supervivencia, sino la
integración social y la preservación
de la dignidad humana.”***

Conferencia Internacional del Trabajo
de 2001 sobre Seguridad Social.

“Una Nación no debe juzgarse por cómo trata a sus ciudadanos con mejor posición, sino por cómo trata a los que tienen poco o nada”.

Nelson Mandela

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE	Comunidad Económica Europea
CNT	Confederación Nacional del Trabajo
DOUEC	Diario Oficial de la Unión Europea
EPU	Examen Periódico Universal
ET	Estatuto de los Trabajadores
EURATOM	Comunidad Europea de Energía Atómica
ILO	International Labour Organization
IMAC	Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación
INP	Instituto Nacional de Previsión
LGS	Ley General de Sanidad
LGSS	Ley General de Seguridad Social
LO	Ley Orgánica
OHCHR	Unidad de asuntos de Derechos Humanos, sociales y económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de Naciones Unidas
PF-ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales
RD	Real Decreto
REA	Régimen Especial Agrario
REM	Régimen Especial de Trabajadores del mar
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RG	Régimen General
RREE	Regímenes Especiales
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
ss.	Siguientes
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
UN	United Nations
UPR	Universal Periodic Review

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN _____	13
1. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL _____	13
2. OBJETIVOS _____	16
3. SITEMÁTICA DEL ESTUDIO _____	18
CAPÍTULO I: LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS SOCIALES: ORIGEN Y CONCEPTO _____	25
1. ORÍGENES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS _____	25
1.1 Introducción _____	25
1.2 Origen de los Derechos Humanos _____	28
1.2.1 Los Derechos Humanos en el Siglo XVI _____	28
1.2.2 Bill of Right de 1689 _____	35
1.2.3 Declaración de Independencia americana de 1776 _____	40
1.2.4 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 _____	45
2. LAS GENERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS _____	50
2.1 Concepto de Derechos Humanos _____	50
2.2 La clasificación de los Derechos Humanos _____	55

3. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES _____	61
3.1 Introducción _____	61
3.2 Qué son los Derechos Sociales Fundamentales _____	64
3.3 Estructura y características de los Derechos Sociales Fundamentales: Titulares y Obligados _____	68
3.3.1 Titulares _____	72
3.3.2 Obligados _____	73
3.4 El carácter universal de los derechos sociales _____	74
4. LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y COMUNITARIOS DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES _____	77
4.1 Introducción _____	77
4.2 Instrumentos Internacionales _____	85
4.2.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos ____	85
4.2.2 El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales _____	94
4.2.3 Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo _____	105
4.3 Instrumentos Europeos _____	111
4.3.1 Emanados del Consejo de Europa _____	111
4.3.1.1 El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales _____	111

4.3.1.2	La Carta Social Europea _____	113
4.3.1.3	El Convenio Europeo de Seguridad Social _____	127
4.3.2	Emanados de la Unión Europea _____	129
4.3.2.1	Los Tratados de la Unión Europea _____	129
4.3.2.2	La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea _____	134
4.3.2.3	La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores _____	147
4.4	El Derecho Internacional y la Constitución Española _____	149
4.5	Los Tratados Internacionales tras la Ley 25/2014 _____	156

5.	EL RECONOCIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL: LOS TÉRMINOS EN LOS QUE SE REALIZA _____	167
5.1	Introducción _____	167
5.2	El Derecho a la Seguridad Social en la Declaración Universal de los Derechos Humanos _____	168
5.3	El Derecho a la Seguridad Social en instrumentos no comunitarios _____	170
5.3.1	El Derecho a la Seguridad Social en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales _____	170
5.3.2	El Derecho a la Seguridad Social en los Convenios de la OIT: Convenio nº 102 _____	171

5.3.3 El Derecho a la Seguridad Social en La Carta Social Europea _____	178
5.4 Los instrumentos Europeos y la Seguridad Social _____	180
5.4.1 Introducción _____	180
5.4.2 El Derecho a la Seguridad Social en La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores _____	189
5.5 El Derecho a la Seguridad Social en la Constitución Española de 1978 _____	192

CAPÍTULO II: RÉGIMEN LEGAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL DESARROLLO LEGAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA _____ 213

1. INTRODUCCIÓN _____	213
1.1 Conceptos Generales _____	213
1.2 Antecedentes del sistema de Seguridad Social español y sistema actual _____	218
1.2.1 Etapa de definición prestacional e institucional comprendida entre 1900 y 1962 _____	220
1.2.2 Etapa de configuración normativa comprendida entre 1962 y 1978 _____	227

1.2.3	Etapa de consolidación del sistema de protección social como manifestación del Estado de Bienestar desde 1978 hasta nuestros días _____	230
1.3	Legislación en materia de Seguridad Social _____	235
2.	EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL _____	244
2.1	Introducción _____	244
2.2	El modelo actual de Seguridad Social _____	250
2.2.1	El nivel contributivo _____	256
2.2.2	El nivel no contributivo _____	259
2.2.3	El nivel complementario _____	261
2.2.4	Normas Generales del sistema de Seguridad Social español _____	262
3.	LOS PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL _____	272
3.1	Introducción _____	272
3.2	La publicación institucional _____	276
3.3	El principio de Universalidad _____	277
3.4	El principio de Unidad _____	282
3.5	El principio de Solidaridad _____	284
3.6	El principio de Igualdad _____	287
3.7	El principio de Obligatoriedad _____	291
3.8	El principio de Generalidad y el principio de Suficiencia _____	292

4. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL _____	300
5. EL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL _____	312
5.1 Introducción _____	312
5.2 Sujetos incluidos y sujetos excluidos _____	315
5.3 Conceptos básicos _____	323
5.4 Actos de encuadramiento _____	328
6. LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL _____	330
6.1 Introducción _____	330
6.2 Regímenes especiales de la Seguridad Social _____	332
6.3 Características generales de los Regímenes Especiales _____	333
CAPÍTULO III: ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL A LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD E IGUALDAD RECONOCIDOS EN EL ÁMBITO EUROPEO E INTERNACIONAL _____	337
1. INTRODUCCIÓN _____	337
2. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y UNIVERSALIDAD Y LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA _____	357
2.1 Introducción _____	357
2.2 Cuestiones Generales _____	364

2.2.1	Introducción _____	364
2.2.2	Los extranjeros y las autorizaciones administrativas para residir y trabajar legalmente en España _____	365
2.2.3	Los extranjeros en situación administrativa regular en España y el derecho a la Seguridad Social _____	376
2.2.4	Los extranjeros en situación administrativa irregular en España y el derecho a la Seguridad Social _____	382
2.2.5	Evolución normativa en materia de contratos celebrados con extranjeros y su consideración legal en España _____	403
2.3	Excepciones en la aplicación de los principios de Igualdad y Universalidad a los extranjeros en España _____	411
2.3.1	La prestación por hijo o menor a cargo y los extranjeros en situación administrativa regular en España _____	411
2.3.2	La prestación por desempleo y los extranjeros en situación administrativa irregular en España _____	422
2.3.2.1	Cuestiones generales _____	422
2.3.2.2	La prestación por desempleo en el caso de extranjeros que cuentan con autorización administrativa para residir y para trabajar en España en el momento de acceso a la prestación pero no con anterioridad _____	440

2.3.3 La prestación por accidente de trabajo y los extranjeros en situación administrativa irregular en España _____	445
2.3.3.1 Cuestiones generales _____	445
2.3.3.2 El accidente de trabajo y la suplantación de identidad del extranjero en situación administrativa irregular _____	457
2.3.4 La asistencia sanitaria y los extranjeros en situación irregular en España _____	464

3. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y UNIVERSALIDAD EN PERSONAS UNIDAS POR VÍNCULO MATRIMONIAL Y EN ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD CONYUGAL Y LA PENSIÓN DE VIUDEDAD _____	502
3.1 Introducción _____	502
3.2 Cuestiones generales _____	508
3.2.1 Las parejas de hecho _____	508
3.2.2 Los matrimonios _____	512
3.3 Excepciones en la aplicación de los principios de Igualdad y Universalidad en la pensión de viudedad _____	518
3.3.1 La pensión de viudedad en las parejas de hecho _____	518
3.3.1.1 La solución antes de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de	

Seguridad Social: el criterio de la STC 184/1990, de 15 de noviembre _____	520
3.3.1.2 La solución tras la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social _____	524
3.3.2 La pensión de viudedad en uniones entre sujetos del mismo sexo _____	539
3.3.3 La pensión de viudedad en los matrimonios multiculturales _____	548
3.3.4 La pensión de viudedad en los matrimonios consuetudinarios _____	564
4. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y UNIVERSALIDAD Y LA PENSIÓN DE ORFANDAD _____	575
CONCLUSIONES _____	579
BIBLIOGRAFÍA _____	621
WEBGRAFÍA _____	679

INTRODUCCIÓN

1. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL.

El derecho a la Seguridad Social es un derecho reconocido en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. La finalidad del presente trabajo es realizar un estudio relativo a la importancia de la Seguridad Social como Derecho Social Fundamental. Vivimos en una época en la que no podemos dejar de lado la importancia de los mencionados derechos y cuál es su repercusión en la vida cotidiana de cualquier persona: el derecho al trabajo, a la asistencia sanitaria, a la prestación por desempleo, la protección de la maternidad, etcétera.

Muchas son las trabas con las que hoy en día nos estamos encontrando en este sentido debido al retroceso que se está viviendo (concretamente en nuestro país), a causa de los recortes por parte de los poderes públicos.

La pretensión de este trabajo es intentar analizar el reconocimiento de los derechos sociales, su aplicación en Europa y, por ende, su modo de reconocerlos, aplicarlos y protegerlos en España, en relación con la Seguridad Social, realizando para ello un análisis más detallado de nuestra Ley General de Seguridad Social y las normas que desarrollen

las prestaciones que, a día de hoy, nos son reconocidas, viendo las limitaciones, aciertos, problemática, aplicación, en cuanto a la adaptación de las normas y al reconocimiento internacional de los derechos sociales en base a los principios de Igualdad y Universalidad y la vulneración de éstos que se produce en algunas ocasiones; es un estudio que pretende tener continuidad con más análisis singulares de estos derechos sociales pero que he decidido unir con la Seguridad Social por algunas de esas cuestiones, a las que intentaré dar respuesta en cuanto al sistema de Seguridad Social.

Un análisis en profundidad de nuestra sociedad actual nos evidencia que es global, multicultural, sociológicamente compuesta por individuos diversos en modelos familiares así como en relaciones interpersonales. Todos estos factores hacen, lógicamente, que los preceptos legales sean reinterpretados de forma más amplia y encaminada a dar una protección que realmente tenga estas dos notas: ser social y total para todos los individuos, sin que se establezcan diferencias por el tipo de vida personal que hayan decidido seguir.

Se hacen necesarias respuestas a cierto tipo de preguntas tales como: ¿son los derechos sociales universales en nuestro ordenamiento o por el contrario se hacen depender de características que, en ciertas ocasiones, hacen que se rompa esa Universalidad? ¿Todas y cada una de las circunstancias sociales con las que nos encontramos en el día a día merecen el mismo tratamiento y el mismo entendimiento del concepto Universalidad? ¿Existen circunstancias especiales en las que

debamos interpretar las normas de un modo diferente al que explícitamente la ley contempla? ¿Qué va a pasar con el sistema actual de Estado Social después de la crisis económica en la que el mundo está inmerso?. Todas esas preguntas son esenciales para el futuro de nuestro sistema de Seguridad Social y a ellas pretendo responder en esta tesis.

2. OBJETIVOS.

Tal y como iré desglosando y analizando a lo largo de esta tesis, el derecho a la Seguridad Social es, sin lugar a dudas, uno de los derechos sociales más importantes y, por eso mismo, tiene su lugar dentro de los denominados Derechos Sociales Fundamentales.

El derecho a la Seguridad Social tiene un amplio campo de aplicación ya que va desde la asistencia sanitaria hasta un abanico de prestaciones que pretenden garantizar periodos en la vida de las personas en los que puedan presentarse cierto tipo de carencias que alteren su modo de vida y mermen la situación económica y, por ende, el nivel adquisitivo de los individuos.

La finalidad de esta tesis es realizar un estudio sobre qué son y de qué modo se concretan, y se han concretado a lo largo de la historia, los Derechos Sociales Fundamentales que, al final, darían vida al Derecho Social Fundamental que me ocupa: el derecho a la Seguridad Social.

Intento en esta tesis desvelar cuáles son las deficiencias en nuestro sistema de Seguridad Social, es decir, resaltar qué situaciones que deberían estar contempladas y amparadas por nuestro sistema quedan fuera del alcance de la protección social que es la base de nuestro sistema jurídico ya que, como se verá durante el desarrollo de esta tesis, quedan numerosos sujetos y situaciones que sufren una desprotección marcada por parte de nuestro sistema basándome en

los principios de Igualdad y Universalidad y su tratamiento en ciertos contextos.

Muchos son los términos y las situaciones que nuestro legislador debería aclarar o mejorar para que, así, todos y cada uno de los individuos que se encuentren bajo el brazo protector del sistema del Estado Social que consagra nuestra Constitución se vean beneficiados de la protección real del Estado y no exista una protección vinculada a cierto estatus o situación del individuo.

Tal y como están redactadas nuestras leyes quedan infinidad de supuestos de hecho no regulados o regulados de manera que una cierta cantidad de individuos o colectivos quedan fuera de la protección efectiva y real del Estado.

Existen, sin lugar a dudas, determinadas diferencias que es necesario solucionar con carácter urgente para que, así, nuestra sociedad realmente se convierta en un Estado Social y no lo sea parcialmente.

3. SISTEMÁTICA DEL ESTUDIO.

En cuanto a la sistemática del estudio, he de resaltar que he tenido que remontarme a las primeras etapas de la defensa de los Derechos Humanos cuando, sus precursores, todavía no eran conscientes de la revolución que estaban llevando a cabo; para ello debo comenzar por las nuevas situaciones y pensamientos que se dieron a lo largo del siglo XVI para, a partir de ahí, poder realizar un seguimiento del nacimiento de los Derechos Fundamentales hasta la aparición de las diferentes generaciones de derechos; como ya se verá, existen tres generaciones de derechos, perteneciendo el derecho a la Seguridad Social a los Derechos Humanos de segunda generación entre los que también se encuentran el derecho del trabajo o el derecho a la libre sindicación.

Tras el reconocimiento del derecho a la Seguridad Social como Derecho Social Fundamental comienza a darse un fenómeno normativo que da lugar a multitud de instrumentos de carácter internacional y europeo que, en algunos casos, serán de obligado cumplimiento para España pasando a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico y en otros será una mera recomendación. He tratado de realizar un estudio de dichas normas para, así, determinar más adelante el grado de cumplimiento de nuestra legislación en cuanto a las recomendaciones y mandatos realizados por dichos instrumentos y poder analizar si

nuestro ordenamiento jurídico vulnera o protege los principios de Igualdad y Universalidad base de nuestro sistema de Seguridad Social. Llegada a ese punto se hace necesario estudiar el reconocimiento de la Seguridad Social, que es el Derecho Social Fundamental en el que he centrado mi tesis, como un Derecho Fundamental y los términos en los que se ha llevado a cabo; así he realizado un estudio sobre el reconocimiento a la Seguridad Social en los instrumentos internacionales y europeos anteriormente citados para, a través de estos instrumentos, poder ver cómo se ha normalizado dicho derecho y ha acabado regulándose, directamente (aunque de forma escueta como ya se verá), en nuestra Carta Magna.

El siguiente paso que he debido llevar a cabo en esta tesis, ha sido estudiar el régimen legal de la Seguridad Social en España, es decir, analizar la normativa más importante al respecto y la regulación del sistema dentro de nuestro ordenamiento jurídico para, así, finalmente poder realizar un balance sobre el verdadero cumplimiento de los mandatos internacionales y europeos y comprobar el grado de adaptación de nuestro sistema a los principios de Universalidad e Igualdad.

En ese sentido se realizará un estudio de las más importantes interpretaciones que hayan realizado nuestros Tribunales, tanto el Supremo como el Constitucional, sobre los conceptos ínsitos en el cuerpo de estos derechos sociales. Es evidente que este estudio

presupone, por una parte, el proceso logogenético de ellos y, en la medida en que “son”, nos referimos también al proceso ontogenético.

Obligado es el comienzo de mi estudio por un acercamiento concreto a qué son los Derechos Humanos de forma general y concretando en qué son y cómo se entienden los derechos sociales dentro del ámbito anterior y, para ello, se hace necesario comenzar por un acercamiento histórico en cuanto al nacimiento y desarrollo de los Derechos Humanos que nos llevará hasta su instrumentalización en la edad moderna.

Los derechos sociales, como derechos incluidos dentro del ámbito de los Derechos Humanos, serán la base del estudio de esta Tesis Doctoral que servirá de punto de partida para el análisis de los conceptos en mayor profundidad que, además, me permitirá concretar cómo se han plasmado este tipo de derechos en nuestro ordenamiento jurídico y si, realmente, estamos cumpliendo con los objetivos que se marcaron cuando se concretaron los derechos sociales en su propia declaración y analizar cómo se expresa todo ello en relación con la Seguridad Social y las normas que la desarrollan en nuestro ordenamiento jurídico en relación con los principios de Igualdad y Universalidad.

El último capítulo de esta tesis es el que, sin lugar a dudas, pone de manifiesto el grado de cumplimiento y adaptación de nuestro sistema de Seguridad Social y, a la vez, es el capítulo que desvela las carencias del sistema basadas en los principios de Igualdad y

Universalidad ya que se ha desvelado que, aunque nos denominamos a través de la propia Constitución Española como un “*Estado Social y democrático de derecho*”, se puede observar que, a mi parecer, siguen existiendo diferentes tipos de ciudadanos a la hora de aplicar determinadas normas.

En este trabajo de investigación he tratado de hacer un estudio retrospectivo de la situación de los Derechos Humanos en general y de los Derechos Sociales Fundamentales en particular para concretar en el derecho a la Seguridad Social y los principios de Universalidad e Igualdad consagrados como pilares de nuestro sistema para, así, poder llegar a entender, justificar y detectar los problemas fundamentales que atañen a nuestro sistema evaluándolo desde la perspectiva del nuevo orden social y la variación de las necesidades de los sujetos, incluidos o no en el sistema por nuestras normas, que se convierten o se deben convertir en beneficiarios del mismo.

Se trata de un trabajo de investigación basado en el *método teórico*, es decir, que me permita construir y desarrollar un enfoque general para, así, abordar los problemas planteados en nuestro sistema de Seguridad Social y la aplicación de los principios de Universalidad e Igualdad que hoy más que nunca se hacen merecedores de estudio dados los cambios a los que nos lleva, inevitablemente, la globalización de nuestras sociedades cada vez más multiculturales y más dinámicas; lo que he pretendido con este trabajo de investigación es determinar las características del sistema de Seguridad Social español actual para

poder establecer cuáles son sus limitaciones más importantes y cómo afectan estas a los sujetos en el desarrollo de sus vidas; es importante revelar las carencias o injusticias de nuestro sistema de Seguridad Social para vislumbrar un sistema más justo y más acorde a los mandatos Internacionales y Europeos que permita una mayor equidad del sistema y, por tanto, que conlleve una mayor Igualdad entre los sujetos.

Lo primero, siguiendo un criterio cronológico, ha sido realizar un análisis histórico de los hechos que llevaron a la sociedad a crear un modelo de Derechos Humanos que protegieran a los individuos frente a la vulneración de los Derechos Fundamentales que, como veremos, consta de varias etapas para así poder realizar un enfoque del porqué de la existencia y desarrollo de los mismos hasta la actualidad y, como ser verá, para dejar entrever que no es un proceso cerrado sino que debe continuarse con la labora de desarrollo de los mismos dados los cambios sociales que se siguen dando en la actualidad en nuestro planeta, es decir, he realizado un estudio de la trayectoria de los Derechos Fundamentales a lo largo de la historia diferenciando etapas de reconocimiento y desarrollo de preceptos legales y teorías que nos permiten entender los Derechos Humanos como lo hacemos hoy en día y que nos ha permitido observar el desarrollo de los mismo a lo largo de la históricos. Los estudios y normas de los primeros tiempos del reconocimiento de los derechos mucho han avanzado teniendo en cuenta que me he remontado a los que se considera su nacimiento en

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL:
ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL A LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD E
IGUALDAD RECONOCIDOS EN EL ÁMBITO EUROPEO E INTERNACIONAL

el siglo XVI hasta llegar a la moderna interpretación de los mismo en el siglo XXI, su aceptación, desarrollo y vinculación de los Estados a lo que antes se consideraba impensable.

CAPÍTULO I: LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS SOCIALES: ORIGEN Y CONCEPTO.

1. ORÍGENES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS.

1.1 Introducción.

Para poder llegar a una comprensión amplia del sentido de los Derechos Humanos en general y de los sociales en concreto, se hace necesario realizar un breve recorrido histórico del alcance de los mismos a lo largo de los siglos, comenzando por los primeros atisbos hasta su reconocimiento como hoy en día lo conocemos.

No ha sido un camino fácil ni rápido el que han tenido que andar los precursores de los Derechos Humanos para que sean entendidos como lo hacemos hoy en día sino todo lo contrario; parece que existe un consenso a la hora de determinar que el siglo XVI es el momento histórico en el que podemos comenzar a hablar de la aparición de lo que sería la base de los Derechos Humanos.

Lo primero que hay que destacar es que los Derechos Humanos, tal y como los conocemos hoy en día, no han sido parte de un bloque de

derechos conseguidos al unísono sino que, por el contrario, han ido creciendo con el paso de los años desde hace casi cinco siglos como colofón de una mezcla de corrientes filosóficas, políticas y tiempo, mucho tiempo¹; ha existido evolución tanto en el término como en sus componentes² y cierto es que, en ocasiones, ese cambio ha sido fortuito y, otras, ha sido intencionado pero ha llevado al cambio y al desarrollo de los Derechos Humanos que, a final de cuentas, es, sin duda, lo importante hasta tal punto que, hoy en día, no podríamos entender la humanidad sin la existencia de estos derechos que tanto han costado de conseguir y consolidar de modo que no podríamos entender la *sociedad occidental actual sin la existencia de los Derechos Humanos, quedaría sin sustancia, sin contenido y sin espíritu*³.

Personajes como Francisco de Vitoria, Bartolomé de Las Casas y Antonio de Montesinos son figuras primordiales y esenciales en la lucha por los Derechos Humanos⁴ y en relación a esa época se dice: *“En los tiempos anteriores, aunque esté presente la idea de dignidad de la persona, no se concibe la realización de ésta a través del*

¹Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (1ª edición) Centro de Estudios Constitucionales, 87-147.

²Pérez Luño, A. E. (2005). *Derechos Humanos, estado de derecho y constitución* (9ª edición) Tecnos, 111 y ss.

³Saz Casado, J. L. (2015). Los derechos sociales: Derechos subjetivos versus prudencia política. *RDUNEDICIÓN Revista De Derecho UNED*, (16), 633-661.

⁴Aunque debemos destacar que en aquel momento no eran conscientes de la importancia de su labor y de lo que significaría en un futuro.

concepto de Derechos Fundamentales. Este es un concepto histórico moderno...⁵.

Así pues, se realizará un recorrido que comenzará en el siglo XVI con personajes relevantes y pioneros en la defensa de los derechos básicos del ser humano y muy adelantados a su época para, así, llegar hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶, pasando por etapas muy importantes en la historia de éstos como son la Independencia Americana o la Revolución Francesa, acontecimientos que dieron lugar a la ruptura con el Antiguo Régimen y que consiguieron acercarse más a la Igualdad tal y como hoy la conocemos (aunque, lógicamente, con algunas reservas y diferencias).

Lo importante a señalar aquí es que la historia de los Derechos Humanos no acaba nunca, siempre quedará un derecho que reconocer o que establecer en mejores términos dentro de la lista de los ya atribuidos al ser humano; la tarea del legislador y de los políticos para la consecución de más derechos no ha terminado, es más, podemos decir que la historia de los Derechos Humanos es una historia inacabada.

⁵Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E. y Peces-Barba, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 15.

⁶ Pasaré a ocuparme de ella en puntos posteriores del trabajo.

1.2 Origen de los Derechos Humanos.

1.2.1 Los Derechos Humanos en el siglo XVI.

Se debe señalar que desde finales de la edad media hasta la actualidad todos los acontecimientos que se han producido en el mundo han sido un arranque para los Derechos Humanos; se han producido cambios de diferentes índoles: políticos, económicos, ideológicos, etcétera.

El siglo XVI es la base histórica de los Derechos Humanos pero también a nivel general ya que estamos en una época de tránsito, de ruptura; este momento es el que marca *“dónde se sitúa el fin de la Edad Media y dónde el principio del Renacimiento...el tránsito a la modernidad”*⁷. Será, según Peces Barba, en este tránsito a la modernidad donde dará comienzo lo que él denomina *“filosofía de los Derechos Fundamentales”*⁸.

Llegados a este punto hay que comenzar por el más relevante momento del siglo XVI: el llamado *“Derecho Indiano”*⁹ o *“Derecho de Indias”* que nace por la necesidad de la existencia de un cuerpo legal

⁷Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E., y Peces-Barba, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 17.

⁸Ibid., p.17.

⁹ Está integrado por el conjunto de disposiciones dictadas para los territorios de América desde finales del siglo XV hasta el XIX. La pretensión inicial de los monarcas fue la de trasladar el derecho castellano vigente a las Indias, pero pronto se comprobó que tal pretensión era irrealizable. Los problemas derivados de la colonización, las características especiales de los territorios descubiertos, las relaciones con las poblaciones indígenas y otras muchas circunstancias determinaron el nacimiento de un derecho nuevo cuya aspiración fundamental fue la de ordenar la nueva realidad surgida tras el descubrimiento.

para controlar algo desconocido hasta ese momento: el descubrimiento de una “nueva tierra” y los problemas planteados por el dominio tanto de ésta como de las poblaciones indígenas, problemas que originaron “*numerosas polémicas*”¹⁰.

En primer lugar se debe hacer referencia a “La cuestión de los justos títulos”; se debía buscar justificación jurídica a la legitimidad de los Reyes de España¹¹ sobre los indios y, por tanto, sobre sus tierras y propiedades y será mediante las Bulas del Papa Alejandro VI¹² como se justifique. Es en este momento cuando “...*se inicia una organización política y económica de las nuevas tierras, que durante siglos permanecen unidas a la península española, hasta su independencia a principios del XIX*”¹³. Era necesario argumentar la conquista ya que si se hubiese tratado de tierras deshabitadas se habría hecho mediante Partidas 3,28,29 o, por el contrario, si se hubiese tratado de musulmanes tampoco se hubiese convertido en un problema ya que hubiera encontrado su justificación mediante la Guerra Santa pero no era así; se trataba de un supuesto con el que no se habían encontrado hasta ese momento: eran indígenas que habitaban una tierra que era desconocida (que no inexistente)¹⁴.

¹⁰ Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E. y Peces-Barba, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 718.

¹¹ En aquel momento del descubrimiento, 1492, eran Reyes de España los Reyes Católicos: Isabel de Castilla y Fernando de Aragón.

¹² “Inter Coetera” y “Eximiae Devotionis”

¹³ Peset, M. (1998). *Lecciones de Historia del Derecho*. Valencia: Albatros, 223-234.

¹⁴ Alvarado Planas, J. (1997). Origen de los Derechos Humanos. *Los derechos en Europa* (1ª edición, pp. 15-46). Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNEDICIÓN

La legitimidad de los Reyes Católicos sobre la “nueva tierra” y los indígenas que la habitaban venía otorgada por la bula “*Inter Coetera*” de Alejandro VI de 3 de mayo de 1493 (pocos meses después del “descubrimiento”); pero en un principio el problema no radicaba ahí (cómo si ocurriría más adelante), sino en el modo en el que debía hacerse, de donde nace el “*Requerimiento que ha de hacerse a los indios para que se sometan*” elaborado por el jurista Palacios Rubio¹⁵; este Requerimiento debía ser leído a los indígenas americanos y en él se les pedía sumisión a los Reyes Católicos y, en caso de incumplimiento, quedaba obviamente legitimada la guerra y la esclavitud que era, claramente, el final perseguido (ya que los indígenas eran incapaces de comprender lo que allí se les decía¹⁶).

Corre el año 1511 y el trato que sufren los indígenas americanos aboca a su destrucción y la de su cultura y al robo de sus riquezas; es un integrante de la Iglesia Católica, el padre Antonio Montesinos quien, harto del trato inhumano que sufren los indígenas, aprovecha uno de sus sermones en la isla “La Española” para verter ...”*acusaciones gravísimas contra los españoles en el sentido de que los indios estaban sometidos a un régimen de esclavitud*¹⁷”; Montesinos se pregunta por el derecho en el que se amparan los españoles, la autoridad que utilizan para las guerras y cuáles son las causas para someterlos a las torturas

¹⁵ Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E., Peces-Barba, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 718.

¹⁶ Algo lógico teniendo en cuenta que el Requerimiento estaba escrito en lengua castellana de la que los indígenas tenían un total desconocimiento, lo que hace ver que era un mero trámite para, así, poder justificar la guerra y la esclavitud a la que los pretendían someter.

¹⁷ Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E., Peces-Barba, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 722

y tratos denigrantes que están sufriendo. Será este sermón el que propicie una junta de teólogos y juristas en Burgos para ocuparse del asunto de las Indias¹⁸ en la que regularán problemas tales como “*el régimen de trabajo, el descanso, la alimentación, la instrucción religiosa...¹⁹*”, y en las que se reconocería a los indios la condición de hombres libres que sólo podrían ser obligados a trabajar “*cuando se les diera un salario conveniente, que fuesen trabajos no extremadamente duros, que se les debía conceder un tiempo de descanso y que los castellanos tenían obligación de evangelizarlos²⁰*”.

En 1539 se hace relevante la figura de Francisco de Vitoria que desecha todas las justificaciones de la conquista y sus barbaries y no comparte las Bulas papales ni en el Requerimiento; de Vitoria destaca que los indígenas tienen derecho a sus tierras y al dominio efectivo sobre las mismas ya que no existe descubrimiento en sí y mantiene que no existe la Guerra Justa solo por el hecho de que se nieguen a convertirse o a aceptar la autoridad del Papa²¹. Francisco de Vitoria destacó en varias áreas del pensamiento pero es cierto que tuvo mayor trascendencia la dedicada a los estudios jurídico-económicos y, entre ellos, en la justificación teológica de los dominios del Nuevo Mundo y su contribución a la valoración del ser humano como portador de

¹⁸ Será conocido como “*Leyes de Burgos*”.

¹⁹ Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E., Peces-Barba, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 722.

²⁰ Sánchez-Arcilla, J. (2008). *Historia del derecho* (1ª edición). Madrid: Reus, 292.

²¹ Ya que para de Vitoria no existe dicha autoridad.

derechos que, a día de hoy, todavía no ha sido superada por las distintas Declaraciones de los Derechos Humanos del siglo XX²².

De de Vitoria destacan sus conferencias públicas sobre los acontecimientos históricos de la época; entre las más importantes sus dos "*Relectiones Indis*" en las que establece su doctrina jurídica sobre el Estado indiano, las relaciones internacionales y los Derechos Humanos. Su compendio sobre Derechos Humanos puede ser usado e interpretado desde la actualidad sin perder relevancia y significado ya que su *concepción de los derechos del hombre y la justicia se mantienen hoy con el mismo vigor*²³ que hace cinco siglos.

Francisco de Vitoria elabora una teoría que, en principio, sería aplicable a todos los pueblos lo que "*lo convierte en fundador del Derecho Internacional*²⁴"; es en su obra "*Relectio prior de Indis*" de 1539 donde defiende la nulidad de la donación papal basándose en que nadie puede dar a otro lo que no posee.

Francisco de Vitoria expondrá y solucionará el problema del siguiente modo: "*...los españoles, en virtud de la comunidad originaria de las tierras, tienen derecho a recorrer las Indias, comerciar con sus habitantes y, si reciben injuria por ello, podrán declarar la guerra y conquistar aquellos territorios*²⁵".

²² Ortiz Sobrino, M.A. (2009). Francisco de Vitoria. *Comunicación y Hombre: Revista Interdisciplinaria De Ciencias De La Comunicación y Humanidades*, (5), 201-203.

²³ *Ibid.*, pp. 201-203.

²⁴ Sainz Guerra, J. (2009). *Historia del derecho español*. Madrid: Dykinson, 362.

²⁵ Peset, M. (1998). *Lecciones de Historia del Derecho*. Valencia: Albatros, 240.

Según Peset, de Vitoria establecerá los derechos de los españoles del siguiente modo:

1. Tienen derecho a predicar su fe.
2. Deben defender a los convertidos.
3. Tienen obligación de ayudar a uno de los bandos en caso de que los indígenas guerreen entre sí.
4. Tienen derecho a utilizar la guerra para atacar la tiranía o las leyes inhumanas o los sacrificios.

Coetáneo de los anteriores es Bartolomé de Las Casas que se convirtió uno de los grandes defensores de los indios americanos; para ellos establece que existen derechos generados de la naturaleza humana y que, por tanto, son inalienables y así se desprende de su obra "*De unico vacationis modo*"²⁶ que no se conserva entero²⁷ pero que, por las partes que han llegado hasta nuestros días, se comprueba que de Las Casas era un defensor acérrimo de los indios americanos²⁸.

Al igual que de Vitoria, Bartolomé de Las Casas comienza con la defensa de los indígenas y encabeza su propia lucha para conseguir la "*pacífica conversión de los indios*"²⁹. Surgen dos grupos en función de la postura protegida, por un lado el de los dominicos, liderados por Betanzos, que sostiene la incapacidad de los indios y, por otro, los que

²⁶ Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión.

²⁷ Solo se conservan los capítulos quinto, sexto y séptimo de la obra.

²⁸ Buganza Torio, J. (2005). Bartolomé de las casas: Defensor de los indios. *La Lámpara De Diógenes: Revista Semestral De Filosofía*, 6(10), 103-111.

²⁹ Peset, M. (1998). Página 241. *Lecciones de Historia del Derecho*. Valencia: Albatros.

se agrupaban con de Las Casas que defendían que debían ser tratados como seres humanos.

Lo que de Las Casas defiende es que si a los indios se les ataca a través de la guerra se está atacando el derecho natural de los indios, el derecho divino y el derecho del hombre y que, por tanto, se tratará de una guerra injusta³⁰; a partir de 1514 de Las Casas comienza a plantearse el problema de la *“legitimidad de los beneficios que se obtenían a través del trabajo de los indios”*³¹.

De Las Casas se basaba en el derecho natural para la defensa de los indios y las fuertes críticas dirigidas a la actitud de los españoles en la “nueva tierra” y defendía que *“...aún en su condición de infieles y de cometer gravísimos pecados contra natura, eran los legítimos señores de sus tierras”*³², y es el motivo por el que en 1541 de Las Casas realiza una serie de informes que hace llegar al Emperador Carlos V hablándole de la insuficiente legislación existente en las Indias y denunciando los abusos que estaba sufriendo la población indígena a raíz de lo cual, el Monarca, encomienda la elaboración de una nueva legislación conocida como “Leyes Nuevas” que se ocuparían del buen tratamiento de los indios, la prohibición de la esclavitud (con algunas excepciones), y la supresión de las encomiendas, aunque hay que destacar que *“su aplicación resultó prácticamente imposible de modo*

³⁰Buganza Torio, J. (2005). Bartolomé de las casas: Defensor de los indios. *La Lámpara De Diógenes: Revista Semestral De Filosofía*, 6(10), 103-111.

³¹Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E. y Peces-Barba, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 725.

³²Sánchez-Arcilla, J. (2008). *Historia del derecho* (1ª edición). Madrid: Reus, 293.

*que sus efectos fueron más bien escasos*³³”, por lo que en 1543 de Las Casas vuelve a enviar informes al Emperador Carlos V en los que pide la modificación de algunas de las disposiciones que tampoco fueron bien acogidas por los colonizadores.

En definitiva, es de destacar la labor de estos tres hombres por el trato digno de los indios de América en una época en la que hablar de Derechos Humanos era imposible. Ellos fueron los primeros luchadores en la batalla por los derechos del hombre amparándose en el derecho natural³⁴, lucharon por el trato digno, contra la esclavitud y por la libertad y, por eso, son merecedores de su reconocimiento como precursores de los Derechos Humanos.

1.2.2 Bill of Right de 1689.

Estamos ahora en la época de procesos revolucionarios de la Inglaterra del siglo XVII; *“El proceso revolucionario de los años 1640 a 1660 produjo fuertes transformaciones en la sociedad inglesa, no sólo en el terreno político...sino también en el económico*³⁵”, y será a partir de 1646 cuando se dé la abolición del feudalismo y el paso hacia el desarrollo capitalista y el impulso del comercio³⁶.

³³ Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E. y Peces-Barba, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 726.

³⁴ Es decir, el derecho que le pertenece a todo individuo por el hecho de ser humano.

³⁵ Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E. y Peces-Barba, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 762.

³⁶ Que será una de las consecuencias directas que llevará, un siglo más tarde, al comienzo de la Revolución Industrial.

En 1688 se produce la “Gloriosa Revolución” en Inglaterra que se considera el final de la revolución iniciada ya en 1640 y que finalizará con el *Bill of Right*³⁷ de 1689 emanado del Parlamento.

En 1628 el Parlamento, harto de las disputas con Carlos I a causa de las continuas recaudaciones de impuestos para financiar las guerras que mantiene constantemente contra Francia y España, se niega a entregarle el dinero y le presenta a la firma la *Petition of Right*³⁸ que supone una “*garantía de protección de los principales derechos personales y patrimoniales tradicionales entre los ingleses*”³⁹.

De la *Petition of Right*, elaborada por Edward Coke⁴⁰, se derivan una serie de derechos considerados indispensables para el Parlamento de la época (encabezado por Coke), de los que cabe destacar los siguientes que, como veremos, siguen vigentes en la actualidad:

1. Derecho a un juicio legal.
2. Los tributos deberán ser impuestos por el Parlamento mediante Ley.

³⁷ Declaración de derechos.

³⁸ Petición de derechos.

³⁹ Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 77.

⁴⁰ Edward Coke (1552-1634). Jurista inglés, nacido en Mileham. Fue designado miembro del Parlamento (1589), presidente de la Cámara de los Comunes y procurador general (1592) y fiscal general (1594). Poderoso e influyente durante los reinados de Isabel I y Jacobo I, es famoso por el vigor con que defendió a la Common Law inglesa frente a las prerrogativas reales. Perdió el favor real, pero al eclipsarse la estrella de Bacon, volvió a formar parte del Consejo Privado (1617) y del Parlamento (1620). Intervino en la acusación contra Bacon y en la redacción de la Petición de derechos a Carlos I. Sus Reports (1600-15, 1656, 1659) e Institutes (1628-44) hicieron época en la legislación inglesa. http://www.definiciones-de.com/Definicion/de/coke,_sir_edward.php

3. Prohibición del al ordenamiento jurídico de marineros y tropas en las casas de los ciudadanos ingleses.

La *Petition of Right* acaba con la clausura del Parlamento inglés desde 1629 hasta 1640 cuando Carlos I se ve obligado a reabrirlo debido a la necesidad de solicitar recursos extraordinarios ya que Escocia le había declarado la guerra por motivos religiosos, pero el Parlamento le pide una serie de condiciones que Carlos I no está dispuesto a aceptar, terminando la disputa con la ejecución del monarca inglés el 30 de enero de 1649.

Tras el continuo cambio en los monarcas ingleses, pasando desde Carlos II⁴¹ hasta Guillermo de Orange⁴² que, finalmente, opta por huir buscando la ayuda de Irlanda, Francia y España para acabar con el Parlamento y ocupar el trono, se produce un vacío de poder⁴³, momento que el Parlamento aprovechará para redactar un nuevo documento conocido como el *Bill of Right* que cualquier monarca deberá aceptar antes de acceder al trono y que regulará puntos tan importantes como:

1. Elecciones libres de los miembros del Parlamento.

⁴¹ Hijo del maltrecho Carlos I muerto por orden del Parlamento inglés.

⁴² Llamado a ocupar el trono por el Parlamento por su matrimonio con María, hija de Jacobo II de Inglaterra y Ana Hyde educado en el protestantismo.

⁴³ González, N. (1998). *Los Derechos Humanos en la historia*. Bellaterra Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 41.

2. Libertad de expresión dentro y fuera del Parlamento para sus miembros.
3. El rey no puede suspender una ley que haya sido votada por el Parlamento.
4. Libertad de expresión.
5. Los castigos impuestos en los juicios no serán excesivos.
6. Los nombres de los miembros de los jurados se darán a conocer públicamente.
7. Imponer tributos por la Corona sin el consentimiento del Parlamento es ilegal.

“El Bill of Right es un auténtico contrato entre el Rey y el Parlamento, que asume el rol de intérprete de la voluntad de la nación, en virtud del cual el Rey lo es por voluntad del Parlamento...y articula las condiciones en las que el poder del Rey debe ser ejercido⁴⁴”, lo que hace el Bill of Right es reivindicar y condenar todos los abusos sufridos a manos de los monarcas ingleses.

El valor de este documento viene dado por su propio título: *“Ley para declarar los derechos y libertades de los súbditos y establecer la sucesión de la corona”*, y en él se reconocen derechos que serán el *“precedente del modelo liberal clásico⁴⁵”* y, sin lugar a dudas, un clara

⁴⁴Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E. y Peces-Barba, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 788.

⁴⁵Ibid., pp. 788-789.

influencia en la Declaración de Independencia Americana y de la Revolución Francesa.

Algunos autores como Jeffrey Lock han estudiado la influencia del *Bill of Right* y así se demuestra, por ejemplo, en el parecido existente entre el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dice: “*Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*” y el artículo 10 del *Bill of Right* que reza: “*Que no debe exigirse una fianza excesiva, ni imponerse multas exorbitantes; ni infligir castigos crueles o desusados*”⁴⁶.

Es cierto que el nacimiento de estos documentos está basado en acontecimientos concretos que abocan en su declaración pero, del mismo modo, hay que adelantar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos nace directamente como consecuencia de la II Guerra Mundial y las atrocidades cometidas durante la misma. Estos textos ingleses comienzan a reconocer, ex novo, derechos innovadores hasta la época y empiezan a tratar conceptos como dignidad o libertad (hasta entonces inimaginables); ya se puede trazar aquí un principio de reconocimiento de derechos que podrían englobarse dentro de la categoría de Derechos Humanos ya que se habla de principios y derechos tales como por ejemplo la libertad de expresión o la

⁴⁶Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E. y Peces-Barba, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 791.

prohibición de castigos exagerados⁴⁷ o el conocimiento del jurado antes del acto procesal⁴⁸.

Lógicamente queda mucho camino que recorrer hasta la concepción moderna de los Derechos Humanos pero ya se va conociendo y entendiendo la necesidad de que existan ciertos derechos que van ligados al estado de ser “*hombre*” y que deben ser reconocidos y protegidos.

1.2.3 Declaración de Independencia americana de 1776.

Ya en el siglo XVIII sigue la lucha por la defensa de los Derechos Humanos y comienza la concepción Universal de los mismos, es decir, la justificación de éstos basada en el derecho natural como algo propio de cada individuo por el mero hecho de ser humano.

Uno de los textos más importantes del siglo XVIII es la Declaración de Independencia Americana de 1776 ya que, además de innovadora en el ámbito del derecho, será el “*modelo de las Constituciones posteriores del siglo XIX*”⁴⁹.

La nueva tierra, y en concreto la parte del Norte de América, estaba poblada, en su gran mayoría, por emigrantes ingleses que se habían establecido en las Colonias del nuevo mundo y, aunque debían lealtad

⁴⁷ Podríamos entenderlo como un comienzo para la implantación de lo que se conoce en el derecho penal moderno como “la proporcionalidad de la pena”.

⁴⁸ Intentando proteger el derecho a la justicia y a la Igualdad ante la Ley.

⁴⁹ Junto con la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” francesa de 1789. Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. fundamento. historia. declaración universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 82.

al Rey inglés, se sentían ciudadanos de segunda ya que no tenían los mismos derechos que los ciudadanos ingleses del Reino Unido.

En Boston, en diciembre de 1773, unos hombres vestidos de indios arrojan al mar trescientas cajas de té en señal de protesta por los impuestos que la Corona Británica quería imponer a los productos de las Colonias⁵⁰, pero se puede aseverar que: *“...lo que en su origen fueron realidades puramente económico comerciales se habían convertido en realidades político constitucionales...que envolvía, a partir de la cuestión fiscal, la problemática de los derechos y libertades de los colonos⁵¹”*. Con esto se debe señalar que, en realidad, fue una excusa utilizada por las Colonias para comenzar su búsqueda de la independencia.

Entre esos emigrantes se encuentra Thomas Paine que *“defiende...el derecho de las Colonias a la independencia...y la república como forma de gobierno⁵²”* ya que cree que el régimen inglés está *corrompido* y es ferviente crítico de la no existencia de una Constitución escrita en su país de origen y, a principios de 1776, se puede leer un escrito de Paine titulado *“Common Sense⁵³”* en el que *“...se habla de la necesidad de salir del dominio de Inglaterra”*, presentando esta alternativa:

⁵⁰ “En realidad reducía el precio del té, y...su repercusión solamente afectaría a los comerciantes...pero aumentó de forma importante la sensibilidad autonómica que se había alcanzado en las Colonias, que respondieron con actos provocativos, a los que Inglaterra contestó con ciertas Leyes” (Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E., Peces-Barba, G. y Rodríguez Uribe, J. M. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2001). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 41).

⁵¹ Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E., Peces-Barba, G. y Rodríguez Uribe, J. M. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2001). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 45.

⁵² Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. fundamento. historia. declaración universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 83.

⁵³ “El sentido común”

“sumisión continua a un monarca tiránico, un gobierno caduco y un sistema económico viciado, o libertad y felicidad como república autosuficiente⁵⁴”, del que se desprende ya la idea de independencia que rondaba las Colonias.

En 1776 ya existía un ferviente sentido de independencia y en la Colonia de Virginia se elabora *“La Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia”* redactada por George Madison y aprobada el 12 de junio de ese mismo año que se basa en dos pilares básicos: el primero la declaración de Derechos Humanos⁵⁵ y el segundo las instituciones políticas que tienen como fin *“hacer eficaz el ejercicio de los derechos proclamados y garantizar la protección de los mismos⁵⁶”,* a partir de este momento ya no hablamos solo de reconocimiento de derechos sino que por un lado hablamos de derechos del hombre y, por otro, de algo innovador: la garantía de los mismos.

La *“Declaración de Derechos de Virginia”* es la más antigua declaración de derechos de América pero, además, es *“considerada...como la Declaración de Derechos Humanos, en sentido genuino, absolutamente primera⁵⁷”,* y, lógicamente, sentó una base que luego sería utilizada por los redactores de *“La Declaración de los Derechos del Hombre y del*

⁵⁴ Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E., Peces-Barba, G. y Rodríguez Uribe, J. M., .Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2001). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 65.

⁵⁵ En sus primeros dieciséis enunciados.

⁵⁶ Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. fundamento. historia. declaración universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 83.

⁵⁷ de Castro Cid, B. (1982). *El reconocimiento de los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 39.

Ciudadano” aprobada en Francia en 1789 y a la que más adelante me dedicaré⁵⁸.

Tras esta declaración de Virginia y con la colaboración de Thomas Jefferson y otros políticos importantes se elabora y se aprueba el 4 de julio de 1776 “*La Declaración de Independencia de los Estados Unidos*” y, con ella, se produce la independencia de todas las Colonias americanas.

En la Declaración, aparece una frase que, a mi parecer, es fundamental en el tema que me ocupa: “*Sostenemos...que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables entre los cuales está la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad*”; tenemos aquí ya una visión Universal de los derechos desde la perspectiva del derecho natural: *todos los hombres son...iguales...y son dotados...de ciertos derechos inalienables*⁵⁹ y comienza con la defensa de derechos básicos⁶⁰ tales como la vida o la libertad. Esta frase resume, siempre desde la perspectiva de hace tres siglos, la idea que justifica este trabajo de investigación; ya en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, los legisladores de la época entendían que todos los hombres son creados iguales por lo que, claramente, estaban defendiendo la idea de Igualdad ante la Ley y dotaban a los mismos (aunque hay que destacar que lo hacían en nombre de Dios y no en el de la Justicia), Derechos Fundamentales

⁵⁸ Y que es considerada la más famosa e influyente de las Declaraciones según Benito de Castro Cid.

⁵⁹ Se puede extraer esa visión de Universalidad de esta frase.

⁶⁰ Humanos y Fundamentales.

entre los que se reconocían algunos de máxima importancia como el derecho a la vida o la libertad.

Está claro que, tras la Declaración de Independencia de América en 1776 estamos, tal y como se puede leer en el reverso del escudo de los Estados Unidos, ante un “*novus ordo Saeculorum*”⁶¹, cuyo principio de legitimidad se apoya en dos pilares fundamentales⁶²:

1. La existencia de los derechos naturales inherentes a todo hombre a los que debe aplicarse todo el sistema de derechos.
2. El Pacto social como acto fundador de las sociedades políticas, cuya existencia está subordinada a los citados derechos inalienables e inherentes.

Tras la Declaración se comienza a trabajar en la Constitución Federal de los Estados Unidos⁶³, que será aprobada el 17 de septiembre de 1787.

Ha quedado claramente justificado el porqué de la importancia del texto de “Declaración de Independencia Americana”; por un lado por la innovación en la declaración de derechos; por otro lado por ese reconocimiento incondicional de la Universalidad de los mismos; y, por

⁶¹ Que podría traducirse como “*el nuevo orden de la vida*”.

⁶² Apaisi Miralles, M. A. (1990). La declaración de independencia americana de 1776 y los derechos del hombre. *Revista De Estudios Políticos*, (70), 209-224.

⁶³ Es necesaria porque se ha producido la separación de Inglaterra y han dejado de ser Colonias para convertirse en independientes.

último, por la implantación de un modelo que pretende garantizarlos, no únicamente enunciarlos. Es, por supuesto, clara influencia en el texto francés que luego servirá de guía para textos posteriores.

1.2.4 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Volvemos a situarnos en Europa, en este caso en Francia en plena Revolución⁶⁴ y, en concreto, en el año 1789. Se debe señalar que la situación vivida en Francia en ese periodo era muy distinta a la que había llevado a la “*Declaración de Independencia Americana*” tres años antes, puesto que lo que ocurría en el país vecino era que existía una gran desigualdad entre clases sociales; estamos hablando de una sociedad todavía de corte feudal donde la división de clases era muy prominente y seguía el establecimiento de los tres estamentos propios de la época en casi toda Europa: nobleza, clero y burguesía⁶⁵.

El 17 de junio de 1789 el tercer estado, cansado de las atrocidades y abusos del monarca absolutista Luis XVI⁶⁶, se reúne en Asamblea Nacional y se nombra como representante del pueblo francés; es en

⁶⁴ Por la que se pretendía acabar con la sumisión al Antiguo Régimen y al monarca situado en el trono por mandato divino y lo que ello suponía: abusos de poder, barbarie y desigualdades entre hombres. “*La potestad del Monarca alcanzó las mayores cotas de absolutismo durante esos siglos*”, (Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. fundamento. historia. declaración universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 88.).

⁶⁵ Este era el único estamento que pagaba impuestos y prácticamente no tenía representación en los Estados Generales (Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. fundamento. historia. declaración universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 88).

⁶⁶ Guillotinado por los revolucionarios el 21 de enero de 1793.

ese momento cuando la Asamblea Nacional “*se constituye en asamblea constituyente y elabora la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*⁶⁷”, que se hace pública por Lafayette el 11 de julio de ese mismo año (días antes del asalto a la Bastilla⁶⁸); el texto elaborado por la Asamblea Constituyente se presenta a la sanción real y a su promulgación, pero el Rey se niega a sancionarla.

En el mes de agosto de ese mismo año la Asamblea Constituyente abolió los privilegios feudales y, finalmente, el 5 de octubre Lafayette consigue que el Rey firme la Declaración y parte de la Constitución por lo que se puede afirmar que “*la Revolución en Francia es...social y política*”, aunque es cierto que, en un principio, no se pretendía acabar con la institución monárquica sino “*limitar su poder, suprimir los privilegios y promulgar una Constitución escrita*⁶⁹”.

Era necesario establecer una regulación de los derechos de los hombres en su doble calidad: la de hombres y la de ciudadanos⁷⁰, y la gran mayoría de los electores del tercer estado y sus representantes incluían esta idea de *Declaración* de derechos.

El principal fundamento de la “*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*” es que “*Todos los hombres han nacido libres e iguales en derechos*⁷¹”; las normas ya no van a depender de la clase

⁶⁷ Su título original es: “La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen”. Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. fundamento. historia. declaración universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 88.

⁶⁸ Que se produciría el 14 de julio.

⁶⁹ Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. fundamento. historia. declaración universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 88.

⁷⁰ de Castro Cid, B. (1982). *El reconocimiento de los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 45.

⁷¹ Artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

social o el estamento al que se pertenezca sino de la condición de hombre y, de esta norma básica, emanarán el resto de derechos para, así, “*completar la libertad y la Igualdad innatas*”⁷².

La “*Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*” es una pieza importantísima en el cambio que se pretendía llevar a cabo en Francia y proclama *derechos naturales e imprescriptibles del hombre*⁷³, tan importantes como:

1. La soberanía popular.
2. La separación de poderes.
3. El derecho a la participación política.
4. La tutela judicial.
5. El derecho a la propiedad inviolable y sagrada.
6. Solo pueden ser detenidos en virtud de la Ley.
7. Derecho de reunión.

La Constitución francesa de 1791 será la que asuma el contenido de la “*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*”, tanto es así que lo incluye como preámbulo al texto constitucional que, más tarde, será rectificado para añadir, en la Constitución de 1793, algunos

⁷² Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E., Peces-Barba, G., Rodríguez Uribes, J. M., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2001). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 187.

⁷³ Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. fundamento. historia. declaración universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 88.

derechos sociales *“relativos al trabajo, la protección frente la indigencia, la educación o la instrucción⁷⁴”*.

Es desde luego fundamental en este estudio y en su repercusión en la Declaración de Derechos Humanos de 1948 la *Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 ya que la historia ha hecho que se convierta en *“la declaración de derechos por antonomasia, llegando a ser el prototipo de las Declaraciones de Derechos Humanos, no sólo en Europa, sino en el mundo entero⁷⁵”*.

Me gustaría acabar concluyendo este punto con un extracto del libro de Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E., Peces-Barba, G., y Rodríguez Uribe, J. M: *“Los derechos que se reconocen en la Declaración son representativos de los valores e intereses puestos de manifiesto en defensa del individuo desde el tránsito de la modernidad, derechos individuales, garantías procesales, participación política y propiedad...Hay una línea de continuidad en la evolución de los Derechos Humanos desde su origen, en el tránsito a la modernidad y hasta 1789, que cerrará el primer ciclo, el de inspiración liberal⁷⁶”*.

Como conclusión se puede extraer que en el modelo americano aparece la idea de la supremacía de la Constitución sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico, modelo semejante al español de la actualidad, mientras que en el modelo francés podíamos encontrar que

⁷⁴ Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. fundamento. historia. declaración universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 89.

⁷⁵ de Castro Cid, B. (1982). *El reconocimiento de los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 45.

⁷⁶ Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E., Peces-Barba, G., Rodríguez Uribe, J. M., y Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2001). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 213.

la soberanía residía en el Parlamento lo que sí tienen los tres en común es que pretendían establecer una nueva legitimidad sustituyendo al monarca por la soberanía nacional con connotaciones más *antropocéntricas* a medida que pasan los años y se nota la evolución en la sociedad⁷⁷; en el Bill of Right inglés se confirma un derecho anterior ya existente sin fuerza ni intención de limitar al Parlamento mientras que en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos proclama los principios extraídos directamente de la naturaleza humana y que, por ende, deben ser de aplicación directa a todos los hombre por igual independientemente de su nacionalidad y, además, concreta las libertades y le otorga eficacia práctica⁷⁸.

⁷⁷ Tantaleán Odar, C. F. (2015). Análisis del proceso de internacionalización de los Derechos Humanos y de la incorporación de normas internacionales a los ordenamientos internos. *Derecho y Cambio Social*, 12 (39).

⁷⁸ Apaisi Miralles, M. A. (1990). La declaración de independencia americana de 1776 y los derechos del hombre. *Revista De Estudios Políticos*, (70), 209-224.

2. LAS GENERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS.

2.1 Concepto de Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos Fundamentales están basados en una serie de principios que los dotan de sus principales características y de dónde se puede extraer su amplia importancia en el mundo del derecho en general.

La expresión “*Derechos Humanos*”, se puede entender directamente relacionada con otros términos como pueden ser “*derechos naturales*”, “*derechos morales*”, “*Derechos Fundamentales*”, “*derechos públicos subjetivos*” o “*libertades públicas*”. Es de destacar, al utilizar el término “*Derechos Humanos*”, que contienen la ventaja de gozar de una mayor popularidad *por haber sido empleada como rótulo en declaraciones internacionales* y que, además, estos derechos sólo son *reivindicables por hombre, pero, eso sí, por todos y cada uno de ellos*⁷⁹.

En la metodología seguida procede, en primer lugar, definir qué se entiende por Derechos Humanos y, para ello, he decidido utilizar una definición dada por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, que los conceptúa del siguiente modo: “*Los Derechos Humanos son derechos inherentes*⁸⁰ *a todos los seres*

⁷⁹Cortina Orts, A., Cascajo Castro, J. L., Picado Sotela, S., Martínez García, J. I., López Guerra, L. M., Latorre, A. y Peces-Barba, G. (1993). Concepto y problemas actuales de los Derechos Humanos. *Derechos y Libertades: Revista Del Instituto Bartolomé De Las Casas*, 1(1), 33-99.

⁸⁰Según la definición de La Real Academia de la Lengua: “*Que por su naturaleza está de tal manera unido a algo, que no se puede separar de ello*” y, por ende y en aplicación a los

Humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos Derechos Humanos, sin discriminación alguna. Estos Derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles⁸¹”.

Es de nuevo el desglose de principios aportado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas el que se pasa a enumerar:

1. Derechos Universales: El Principio de Universalidad⁸² de los Derechos Humanos Fundamentales se puede decir que es la “piedra angular” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es decir, este principio se considera la base de todos los demás. Será el principio de Universalidad el que establezca a nivel internacional la protección de los Derechos Humanos Fundamentales; este principio es el sustrato del que emanan y se aplican a todos los seres humanos. El principio de Universalidad toma peso en el momento en el que todos los

derechos, serían derechos que por su naturaleza van unidos a las personas por el mero hecho de serlo independientemente, tal y como dice la definición dada por Naciones Unidas, de las características del grupo al que pertenezcan dichas personas.

⁸¹www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx

⁸²Este principio nace del reconocimiento hacia la dignidad que tienen y deben poseer las personas sin discriminación alguna debida a la distinción derivada de su nacionalidad, religión, edad, sexo, preferencias o cualquier otra cuestión considerándose los Derechos Humanos prerrogativas que le corresponden a toda persona por el mero hecho de serlo.

Estados hayan ratificado al menos uno de los principales
Tratados de Derechos Humanos⁸³.

2. Derechos Inalienables: Son derechos que no pueden suprimirse⁸⁴.
3. Derechos Interdependientes e Indivisibles: Todos y cada uno de los Derechos Fundamentales, independientemente de a qué categoría pertenezcan, están interrelacionados entre sí de modo que la vulneración de uno va a repercutir en otro inevitablemente.
4. Derechos Iguales y no Discriminatorios: Se extrae directamente de la definición dada en párrafos anteriores ya que es claro que siendo Universales son de aplicación a todos y cada uno de los individuos del mundo independientemente de sus características ya mencionadas supra: sexo, edad, nacionalidad, creencias religiosas, color, lengua o cualquier otra.

La expresión “Derechos Humanos” hace referencia a las libertades, reivindicaciones y facultades propias de cada individuo por el solo hecho de pertenecer a la raza humana, como ya cité, se trata de derechos de carácter universal, inalienable, interdependientes, indivisibles e iguales y no discriminatorios aunque se hace necesario

⁸³El 80% de los Estados han ratificado cuatro o más tratados, lo que hace que la Universalidad esté más que justificada.

⁸⁴ Salvo en determinadas ocasiones y con las debidas garantías procesales, (por ejemplo el privar a alguien de libertad en el caso de que esté en prisión preventiva tras ser imputado de un delito)

mencionar otras características que dotan de ese carácter especial a este tipo de derechos como que son:

1. Irrevocables: Se trata de un tipo de derechos que por sus características y su importancia no pueden ser abolidos por ningún Estado.
2. Intransferibles: Esta característica lleva implícito que ningún individuo puede renunciar a sus derechos a favor de otro individuo.
3. Irrenunciables: Ningún individuo tiene facultad para rechazar sus derechos y prescindir de ellos; se trata de derechos básicos del individuo que, como tales, deben estar siempre presentes.

Existe una pequeña definición de lo que se entiende por Derechos Humanos dada por la ONU en su página web que los define de un modo muy conciso como *“Aquellos derechos que son esenciales para que podamos vivir como seres humanos.”*⁸⁵

Creo necesario hacer referencia a la definición que Luigi Ferrajoli da a los Derechos Fundamentales, entendiendo como tales no la concepción original que nosotros entendemos sino como Derechos Humanos: *“Son Derechos Fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que*

⁸⁵www.un.org/es/aboutun/booklet/rights.shtml

corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/ autor de actos que son ejercicio de estas⁸⁶”.

En este apartado dedicado a establecer un concepto de los Derechos Humanos se hace necesario volver a mencionar la definición dada por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: *“Los Derechos Humanos son derechos inherentes a todos los seres Humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos Derechos Humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles”.*

Dadas estas notas definitorias me permitiré diseñar, con todas las reservas, mi propio concepto de Derechos Humanos tal y como la entiendo. Así, los Derechos Humanos serían aquellos derechos propios de cada individuo e iguales para todos con independencia de las características personales de cada uno y que no pueden suprimirse por

⁸⁶ Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías: La ley del más débil* (7ª edición). Madrid: Editorial Trotta, S.A., 37.

ningún Estado ni ningún otro individuo y a los cuales no se puede renunciar.

Todas las definiciones dadas nos aportan notas características de los Derechos Humanos porque todas coinciden en que son derechos esenciales y básicos, son derechos de aplicación a todos los individuos (como ya se ha dicho), con independencia de sus características personales, religiosas, políticas, sexuales, de identidad, etcétera; estos derechos, como tales han de ser garantizados por los Estados en mayor medida que cualquier otro porque son derechos básicos de subsistencia de la especie humana.

2.2 La clasificación de los Derechos Humanos.

Cuando hablamos de la clasificación de los Derechos Humanos, al igual que en cualquier otra, hemos de determinar cuál va a ser el criterio ordenador que vamos a seguir; dependiendo de éste obtendremos diferentes tipos de ordenaciones pero no se puede establecer cuál es más acertada u oportuna ya que dependerá del gusto del ordenador, así pues, existen varios modos de establecer la clasificación de los Derechos Humanos pero no voy a realizar un análisis de todas ellas sino que me basaré en las más significativas: en primer lugar la clasificación en función de la *“positivización histórica*

de los mismos⁸⁷”, y, en segundo lugar, la clasificación de los derechos según el tipo de derecho conseguido.

En la primera clasificación, es decir, la basada en su consecución histórica nos podemos encontrar con lo que se llama “*las generaciones de derechos*”⁸⁸ basada en el orden cronológico en el que se han ido incorporando los Derechos Humanos a los ordenamientos jurídicos. A día de hoy nos encontramos con cuatro generaciones de derechos pero es cierto que no es una lista cerrada ya que, lógicamente, sigue engrosándose con el paso de los años.

La división de los Derechos Humanos en categorías o generaciones fue concebida por primera vez por el jurista checo Karel Vasak⁸⁹ en el año 1979 y así sería como la entenderíamos a día de hoy:

1. Derechos de Primera Generación: Son los Derechos Civiles y Políticos y que se hayan ligados al principio de libertad. “*Fueron los primeros que se reconocieron y garantizaron en textos legales*”⁹⁰. Están pensados para dotar de protección individualizada al ser humano contra cualquier agresión de un

⁸⁷ Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 122.

⁸⁸ Nombre que da título a este epígrafe porque es la clasificación que más se adapta a mi elaboración.

⁸⁹ Vašák fue a Francia a estudiar Derecho y permaneció allí tras la invasión soviética de 1968. Adquirió la nacionalidad francesa y trabajó por el Consejo de Europa en varios puestos antes de convertirse en el primer Secretario General del Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo, entre 1969 y 1980. Trabajó como Director de la Sección de Derechos Humanos y Paz de la Unesco y posteriormente como asesor legal de dicho organismo y de la Organización Mundial del Turismo. En 1979 fue el primero en proponer una división de los Derechos Humanos en tres generaciones, inspirado en los ideales de la revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad.

⁹⁰ Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 122.

órgano público, además, imponen al Estado la imposibilidad de interferir en el ejercicio y goce de los mismos⁹¹. Entre estos derechos encontramos: el derecho a la vida, a la libertad física, la libertad de conciencia y expresión y el derecho de propiedad (también conocidos como derechos civiles); el derecho al sufragio y el derecho a la tutela judicial (derechos políticos).

2. Derechos de Segunda Generación: Son los derechos Económicos, Sociales y Culturales vinculados al principio de Igualdad. Durante el siglo XIX, la lucha por los Derechos Fundamentales se orienta hacia la conquista de los derechos sociales, económicos y culturales, que garanticen el trabajo, la libertad de sindicación, sufragio universal, derecho a la educación, etcétera⁹². Los derechos sociales, base de mi estudio, son parte de esta segunda generación de derechos e incluían derechos tan importantes como: el derecho al trabajo, el derecho a la sindicación y el derecho a la Seguridad Social (objeto de mi estudio).

3. Derechos de Tercera Generación: Son los derechos intrínsecamente unidos a la solidaridad⁹³, pero están muy ligados a los derechos culturales; *“Sólo después de haberse tomado*

⁹¹Flores, J. L. (2002). Naturaleza e historia de los Derechos Humanos. *Revista Espiga*, 3(5), 1-14.

⁹²Sánchez Marín, A. L. (2014). Concepto, fundamentos y evolución de los Derechos Fundamentales. *Eikasia: Revista De Filosofía*, (55), 227-238.

⁹³Surgidos en las doctrinas de los años '80

conciencia de la urgencia del reconocimiento y protección de los derechos sociales, a comienzos del siglo XX se comienza a plantear la necesidad de reclamar los derechos culturales⁹⁴...”. En este momento se reconocerán derechos como: el derecho a la educación o el derecho de acceso a la cultura. Es con la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas⁹⁵ cuando se abre la etapa de lo que se ha dado en llamar Derechos Humanos de la tercera generación; en esta etapa aparecen derechos tales como el derecho al desarrollo, el derecho a un ambiente sano y el derecho a la Paz⁹⁶.

4. Derechos de Cuarta Generación: Son los que se van incorporando poco a poco y que *“van surgiendo como resultado del desarrollo de la técnica⁹⁷...”*. Se puede entender que los derechos de cuarta generación son la *expansión del concepto de ciudadanía digital*, es decir, haciendo hincapié en *los derechos que tienen que ver con el libre acceso y uso de información y conocimiento... a través de las redes telemáticas... entendiendo la ciudadanía como lucha contra la exclusión digital...y políticas de educación ciudadana, creando una inteligencia colectiva que*

⁹⁴ Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. Fundamento. Historia. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 124.

⁹⁵ El 4 de diciembre de 1986.

⁹⁶ Alonso Iglesias, J. L. (2003). Los Derechos Humanos de tercera generación y los movimientos sociales. *Humanismo y Trabajo Social*, (2), 47-70.

⁹⁷ Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. Fundamento. Historia. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas, 124.

*asegure la inserción autónoma a cada país en un mundo globalizado*⁹⁸. El uso de la técnica y cómo afecta esta a la dignidad de la persona, el deterioro y, por tanto, la defensa del medio ambiente; el derecho a la propiedad intelectual con el avance de internet, por ejemplo; la ingeniería genética y su injerencia en la privacidad de las personas (o el caso de la clonación).

En la segunda clasificación encontramos otra división pero hay que aclarar que está basada en las generaciones de derechos pero, eso sí, diferenciadas por el tipo de derechos al que hacen referencia, así:

1. Derechos Civiles: *Son derechos que tienen relación con el valor libertad*⁹⁹ y con el de *desarrollo del individuo*¹⁰⁰; tales como la libertad de conciencia, la libertad de expresión, la libertad de prensa o de imprenta, el derecho al honor o el derecho a la vida.
2. Derechos Políticos: *Son derechos de ciudadanía o de igualdad política*¹⁰¹; estos derechos se relacionan con la participación del individuo en la construcción de la voluntad del poder a través del

⁹⁸Bustamante Donas, J. (2010). La cuarta generación de Derechos Humanos en las redes digitales: Segundos pensamientos. *Telos: Cuadernos De Comunicación e Innovación*, (85), 80-89.

⁹⁹Añón Roig, M. J., García Añón, J. y Añón Roig, M. J. (2004). *Lecciones de derechos sociales* (2ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 13.

¹⁰⁰Saz Casado, J. L. (2015). Los derechos sociales: Derechos subjetivos versus prudencia política. *RDUNEDICIÓN Revista De Derecho UNED*, (16), 633-661.

¹⁰¹Añón Roig, M. J., García Añón, J. y Añón Roig, M. J. (2004). *Lecciones de derechos sociales* (2ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 13.

*concepto de soberanía popular*¹⁰²; serían ejemplo de los mismos el derecho a sufragio activo y pasivo o el derecho de reunión y asociación; englobados dentro de los derechos de primera generación.

3. Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Son derechos de igualdad económica y social y también de solidaridad con los más débiles de nuestras sociedades*¹⁰³, tales como educación, derecho al trabajo, derecho a la Seguridad Social o el derecho a la salud. Derechos de segunda generación.

4. Otros derechos relacionados con el valor solidaridad: *Derechos heterogéneos como el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente, los derechos de los consumidores, usuarios y administrados*¹⁰⁴.

La clasificación de los derechos en categorías numeradas no significa que sean derechos menos exigibles o menos vinculantes que los pertenecientes a otras categorías.

¹⁰² Saz Casado, J. L. (2015). Los derechos sociales: Derechos subjetivos versus prudencia política. *RDUNEDICIÓN Revista De Derecho UNED*, (16), 633-661.

¹⁰³ Añón Roig, M. J., García Añón, J., Añón Roig, M. J. (2004). *Lecciones de derechos sociales* (2ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 13.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 13.

3. LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES.

3.1 Introducción.

Dentro de los Derechos Humanos encontramos varias generaciones de derechos exigibles que van naciendo según la consecución de los mismos; los derechos sociales los conocemos como derechos de segunda generación y, a mi entender, son una consecuencia directa del reconocimiento de los Derechos Humanos de primera generación, es decir, los derechos civiles y políticos y van, a su vez y lógicamente, muy ligados al Estado Social¹⁰⁵ ya que este *“intenta desarrollar un apartado institucional capaz de garantizar la satisfacción de los derechos sociales...la sociedad dejó de conformarse con no ser atropellada o amordazada por el Estado; pensó que podía exigir no sólo que el Estado se abstuviera de agresiones arbitrarias, (persecución política o religiosa, condenas sin juicio, coacción sobre el pensamiento y su expresión), sino que además cooperara positivamente en el florecimiento de sus miembros¹⁰⁶”*.

¹⁰⁵Un Estado Social es aquel cuya pretensión es fortalecer los servicios al individuo y garantizar derechos esenciales para que éstos puedan mantener cierto nivel de vida. Su mayor pretensión es la integración de las clases sociales menos favorecidas compensando las desigualdades y redistribuyendo las rentas a través de mecanismos como, por ejemplo, los impuestos o el gasto público. En nuestra Constitución se consagra nuestro Estado como Social y Democrático de Derecho y así lo establece en su artículo 1.1 que reza: *“España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la Igualdad y el pluralismo político.”*

¹⁰⁶ Contreras Peláez, F. J., Fundación Cultural Enrique Luño Peña. (1994). *Derechos sociales, teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 15.

Los derechos sociales conllevan implícita la existencia de una actitud activa-prestacional de los Estados¹⁰⁷, es decir, no conllevan únicamente el reconocimiento de este tipo de derechos sino que, además, los poderes públicos deben actuar de modo que se garanticen todos ellos, que traten de cumplir con sus exigencias y que supongan una protección a los individuos mediante lo que se conoce como prestaciones.

Los derechos civiles y políticos¹⁰⁸ fueron creados como garantías frente a los Estados, frente a la arbitrariedad del poder político, como barreras de protección, como *“instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado”*¹⁰⁹.

Por su parte Benito De Castro¹¹⁰ define los derechos sociales como *“Un conjunto de exigencias que los individuos o los grupos plantean a la sociedad y al Estado para que éstos les proporcionen los medios que hacen posible el disfrute de una existencia humana digna”*.

Para la delimitación de los tipos de actuación del Estado frente a los Derechos Sociales Fundamentales se va a seguir una clasificación utilizada por Francisco Contreras Peláez en su libro *“Derechos Sociales: Teoría e Ideología”*¹¹¹ que, a su vez, se basa en el *“Traité du*

¹⁰⁷ Es decir, Estados Intervencionistas, un Estado redistributivo-asistencial que acepta la responsabilidad de garantizar a todos sus ciudadanos un mínimo de bienestar, (Contreras Peláez, F. J., Fundación Cultural Enrique Luño Peña. (1994). *Derechos sociales, teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 15)

¹⁰⁸ Los que se conocen como derechos de segunda generación.

¹⁰⁹ Pérez Luño, A. (1996). *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 22.

¹¹⁰ de Castro Cid, B. (1982). *El reconocimiento de los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 39.

¹¹¹ Contreras Peláez, F. J., Fundación Cultural Enrique Luño Peña. (1994). *Derechos sociales, teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 15.

social”, de Jacques Fourier y Nicole Questiaux, dónde establecen que los derechos sociales pueden dar lugar a tres formas de intervención pública diferentes dependiendo del modo de actuar del Estado y del grado de implicación del mismo, así nos encontramos con tres supuestos:

1. La regulación de actividades privadas: Incluye *“todas las actividades de reglamentación o incitación susceptibles de modificar el comportamiento de los agentes Económicos”*, por ejemplo, la fijación del SMI¹¹², la limitación de la jornada de trabajo o la reglamentación de las condiciones de trabajo¹¹³.
2. La transferencia de recursos monetarios: Refiere a la redistribución de los bienes; la obligación de los poderes públicos de coger los bienes de unos individuos para entregarlos a otros, por ejemplo, las cotizaciones a la Seguridad Social.
3. La provisión de bienes o servicios: *“Los poderes públicos garantizan por sí mismos, al margen del mercado (esto es, gratuita o cuasigratuitamente), la producción y distribución a la población de ciertos bienes o servicios”*, por ejemplo, la educación, la asistencia sanitaria o el transporte público¹¹⁴.

¹¹² Salario Mínimo Interprofesional

¹¹³ Fournier, J., Questiaux, N. (1976). *Traité du social: Situations, luttes, politiques, institutions*. Paris: Dalloz, 73.

¹¹⁴ Contreras Peláez, F. J., y Fundación Cultural Enrique Luño Peña. (1994). *Derechos sociales, teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 20.

3.2 Qué son los Derechos Sociales Fundamentales.

Se puede definir los Derechos Sociales Fundamentales como *aquellos derechos de titularidad personal que atienden a la dignidad de las condiciones de vida de las personas...aquellos que precisan acciones positivas de los poderes públicos para garantizar una vida digna de la condición humana...aunque no todos los derechos económicos, sociales y culturales serían Derechos Sociales Fundamentales, sólo aquellos que siendo de prestación en sentido estricto garanticen las condiciones de una vida digna, es decir, las que permiten un libre y solidario desarrollo de cada ciudadano en sociedad*¹¹⁵.

Los Derechos Sociales Fundamentales tienen su articulación principal en su regulación genérica, es decir, en los artículos del 22 al 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Existen varias definiciones que se pueden dar de derechos sociales; desde una primera aproximación a la definición, nos encontramos con la de Arango: *“...los Derechos Sociales Fundamentales son Derechos Fundamentales...de prestación en su sentido estrecho, es decir, derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado*¹¹⁶”, lo que Arango quiere decir con esta frase es que, ciertamente, los derechos sociales son Derechos Fundamentales indiscutiblemente pero que su característica esencial radica en su propia naturaleza especial frente al

¹¹⁵Rodríguez Arana Muñoz, X. (2015). Sobre el concepto de los Derechos Sociales Fundamentales. *Anuario Da Facultade De Dereito Da Universidade Da Coruña*, (19), 115-140.

¹¹⁶Arango, R.; Universidad Nacional de Colombia. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales* (reimp edición). Bogotá; Legis, 37.

resto de Derechos Fundamentales. Dicha especialidad consiste en que los derechos sociales, a diferencia de otros Derechos Fundamentales como puede ser el derecho a la vida, son garantizados por el Estado de un modo especial y esta diferencia radica en que el Estado, en lo que se refiere a derechos como el derecho a la vida tiene obligación de velar por el cumplimiento de no injerencia en la vida de otro, mientras que en el caso de los derechos sociales presuponen la obligación en una “acción fáctica del Estado”, (tal y como dice Arango en su definición), que se traduce en las prestaciones¹¹⁷ que el Estado se ve obligado a ofrecer en los casos de carencia o ausencia de los derechos sociales como es el caso de la prestación de desempleo para el caso de carencia de puesto de trabajo, la prestación por incapacidad temporal para el caso en el que el trabajador no puede prestar servicios debido a una enfermedad o accidente que lo inhabilita.

¹¹⁷ En el ámbito de la Seguridad Social, las prestaciones económicas, eminentemente contributivas, constituyen un Derecho de contenido dinerario que, una vez reconocido cuando se reúnen determinadas condiciones, se integra en el patrimonio del beneficiario, en las contingencias o situaciones protegidas previstas en la Ley. Las prestaciones pueden ser de cuatro clases: Pensiones, son prestaciones económicas de devengo periódico y de duración vitalicia o hasta alcanzar una edad determinada. Subsidios, prestaciones de devengo periódico y de duración temporal. Indemnizaciones, prestaciones económicas abonables por una sola vez. Otras prestaciones, como las prestaciones por desempleo y la protección familiar de carácter no económico. Además de las prestaciones económicas cabría mencionar la asistencia sanitaria, la prestación farmacéutica y los servicios Sociales que, en realidad, son prestaciones en especie pero que tienen una indudable repercusión económica. Como caracteres de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social pueden señalarse los siguientes: Son públicas, ya que integran el régimen público de Seguridad Social al que se refiere el artículo 41 de la Constitución. Son intransmisibles e irrenunciables, ya que los beneficiarios no pueden transmitir su Derecho ni renunciar a ellas, con independencia del ejercicio del Derecho de opción en caso de incompatibilidad de prestaciones. Gozan de garantías frente a terceros, es decir, que no pueden ser objeto de retención, compensación o descuento, salvo en los casos establecidos (obligaciones alimenticias, deudas contraídas con la propia Seguridad Social...). Sólo pueden ser embargadas en los términos y cuantías fijados por la Ley de Enjuiciamiento Civil para las pensiones y rentas de naturaleza salarial. Son de cobro preferente, tienen el carácter de créditos con privilegio general. Tienen un tratamiento fiscal específico, por cuanto que están sujetas a tributación en los términos establecidos en las Normas reguladas de cada impuesto. (www.seg-social.es/Internet_1/PortalEducativo/Profesores/Bibliografia/index.htm)

Es justo esta visión de Arango y esta definición que hace de Derechos Sociales Fundamentales la que va a justificar el resto de mi investigación porque es la que deja entrever, por primera vez en este trabajo, la estrecha relación que existe entre los Derechos Sociales Fundamentales y la Ley General de Seguridad Social junto con las prestaciones que recoge, estudia y desarrolla. Es justo esa *“acción fáctica del Estado”* que Arango justifica y utiliza en la definición la que da paso a la obligación de prestación en un Estado Social como lo es el nuestro y lo que justifica esta interpretación que pretendo realizar con mi trabajo.

Buscando otra serie de definiciones de Derechos Sociales Fundamentales se puede utilizar la que dan en *“Lecciones de Derechos Sociales”* los autores Añón Roig y García Añón y encuentro el concepto de derechos sociales del siguiente modo: *“La nota distintiva más frecuentemente utilizada para caracterizar a los derechos sociales es su naturaleza prestacional¹¹⁸”*, de nuevo aparece la misma característica que ya se dejaba ver en la definición dada por Arango, de modo que de nuevo nos encontramos con esa característica fundamental que es el carácter prestacional de la protección del derecho social; del mismo modo se establece una diferenciación que bien pudiese servir de base para el ejemplo que más arriba aparece sobre el derecho a la vida, así *“...en contraste con los derechos civiles*

¹¹⁸ Añón Roig, M. J., Abramovich, V. (2004). *La Universalidad de los derechos sociales, el reto de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 61.

y políticos, que son derechos que protegen al individuo de las intromisiones en la esfera de la libertad individual y cuya satisfacción requiere una actitud omisiva o abstencionista de tercero y, más específicamente, del Estado...los derechos sociales son más bien expectativas para cuya realización es necesaria una acción de dar o hacer...por parte del Estado¹¹⁹”.

Queda clara la diferencia entre ambos tipos de derechos, los dos de carácter Fundamental pero con diferente protección así se establece como los derechos civiles y políticos, por ejemplo, evitan que nadie pueda destruirlos, la misión del Estado es proteger su existencia mientras que en el caso de los derechos sociales la misión del Estado es obligarse a suplir situaciones de carencia del derecho, pero es cierto que si hiciésemos un listado de derechos sociales, existen algunos que no encajarían del todo en estas dos definiciones anteriores y esto es porque en el caso del derecho a la huelga o el derecho a la libre sindicación no existe ese ámbito prestacional del Estado, sino que estamos en el caso de la protección a la no injerencia de terceros o del propio Estado, (igual que si del derecho a la vida, al honor, a la intimidad, etcétera, se tratase), ya que, probablemente, son derechos a la vez sociales y públicos.

Es necesario realizar un listado de aquellos que son considerados Derechos Sociales Fundamentales dando aquí traslado de los que se

¹¹⁹ Añón Roig, M. J., Abramovich, V. (2004). *La Universalidad de los derechos sociales, el reto de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 61.

reconocen en el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”¹²⁰:

1. Derecho al Trabajo.
2. Derecho a la Elección de Empleo.
3. Derecho a la Seguridad Social.
4. Derecho a la Asistencia Social y Médica.
5. Derecho a las Prestaciones de Bienestar Social.
6. Derecho a la Protección a la Salud.

3.3 Estructura y características de los Derechos Sociales Fundamentales: Titulares y Obligados.

Los Derechos Humanos Fundamentales Sociales son conceptuados como un derecho subjetivo entendiendo por este *“el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”*¹²¹; esto se debe entender de modo que la existencia de un derecho subjetivo supone que existe una obligación jurídica para un tercero a hacer o no hacer algo. Los derechos subjetivos pueden tener diferentes formas y estructuras, así los

¹²⁰ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

¹²¹ Arango, R.; Universidad Nacional de Colombia. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales* (reimp edición). Bogotá: Legis, 8.

podemos encontrar como libertades, derechos a algo o competencias¹²².

Un apunte dado por Robert Alexy¹²³ de los Derechos Fundamentales será nuestro punto de partida, "*Posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria*" está será la base que se aplicará a los Derechos Humanos Sociales Fundamentales pero con algún inciso que hace clarificar su diferenciación de otro tipo de derechos que son Humanos y Fundamentales y no sociales, así, la diferencia radica en que los derechos sociales son lo que Arango denomina "*Derechos de prestación en sentido estrecho*"¹²⁴. Los Derechos Sociales Fundamentales los podemos entender, según Arango, como "*derechos generales positivos*" que se reflejarán en tres planos: el titular del derecho¹²⁵, el objeto¹²⁶ y la justificación¹²⁷.

En lo que se refiere al contenido de los Derechos Sociales Fundamentales existen diferentes tesis acerca del grado de protección

¹²²Arango, R.; Universidad Nacional de Colombia. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales* (reimp edición). Bogotá: Legis., 23.

¹²³Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1ª edición) Centro de Estudios Constitucionales.

¹²⁴ R. Alexy define, de manera acertada, los Derechos Sociales Fundamentales como derechos a prestaciones en sentido estrecho, eso es como "Derechos del individuo frente al Estado a algo que, si el individuo poseyera medios financieros suficiente y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtenerlo de particulares. Los derechos de prestación en sentido estrecho son derechos a acciones positivas fácticas del Estado. Pero es dudoso si esta definición de los derechos de prestación en sentido estrecho no es demasiado limitada, (Arango, Rodolfo, año 2005, página 37)

¹²⁵ Todas las personas son portadoras de Derechos Sociales Fundamentales siendo los obligados los Estados democráticos modernos, (Arango)

¹²⁶ Son derechos constitucionales, (Arango)

¹²⁷ Son Derechos Humanos cuyo carácter ideal se ha fortalecido mediante su positivización, (Arango)

que deben poseer dichos derechos en las Constituciones democráticas modernas; de este modo extraeremos tres tesis diferenciadas¹²⁸:

1. Tesis Maximalista: *Los Derechos Sociales Fundamentales deben ser garantizados a cualquiera, en cualquier circunstancia.*

2. Tesis Minimalista: *Los Derechos Sociales Fundamentales deben ser reconocidos en cierto grado, es decir, existe un mínimo jurídico constitucional de derechos positivos generales, reconocido o que debe ser reconocido por cualquier Estado Constitucional y Democrático moderno.*

3. Tesis Intermedia: *Solo algunos de los Derechos Sociales Fundamentales son derechos subjetivos.*

Mi posición se acerca más a la Tesis Maximalista, es decir, en la que sostiene que los Derechos Sociales Fundamentales deben ser garantizados a cualquiera en cualquier circunstancia, ahora bien, en el momento actual en el que nos encontramos es lógico que se deban establecer límites a dichos derechos, eso sí, sin permitir la desprotección de los individuos bajo ningún concepto; es cierto que si pensamos en la protección social a nivel de trabajadores sí es lógico

¹²⁸Arango, R.; Universidad Nacional de Colombia. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales* (reimp edición). Bogotá; Legis, 54.

que tengan una mayor cobertura y me refiero con esto a que la cantidad percibida en concepto de prestación por desempleo, por ejemplo, es lógico que sea mayor a la obtenida por el subsidio por la misma circunstancia.

Si pasamos a hablar de la estructura de los Derechos Sociales Fundamentales es de señalar que todos y cada uno de ellos se traducen en “*tener un derecho a algo*”, es decir, que existe un titular del derecho, un obligado al cumplimiento de la acción y un objeto del derecho en particular y cuatro son las posibilidades que plantea Arango¹²⁹, en cuanto al portador y el obligado del derecho en el caso de los Derechos Sociales Fundamentales que se deben tener en cuenta:

1. Derecho del individuo a exigir del Estado una acción positiva fáctica.
2. Derecho de un grupo a exigir del Estado una acción positiva fáctica.
3. Derecho del individuo a exigir de particulares una acción positiva fáctica.
4. Derecho de un grupo a exigir de particulares una acción positiva fáctica.

¹²⁹ Arango, R.; Universidad Nacional de Colombia. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales* (reimp edición). Bogotá; Legis, 55.

3.3.1 Titulares.

En cuanto a los titulares de los Derechos Sociales Fundamentales y en palabras de Arango, *"Mi tesis sostiene que los titulares de Derechos Sociales Fundamentales son, exclusivamente, individuos. En otras palabras: los Derechos Sociales Fundamentales son derechos individuales¹³⁰"*; tras estas palabras es importante determinar quiénes son esos individuos que ostentan la titularidad de los derechos sociales; si tenemos en cuenta el carácter de Derecho Humano y de Derecho Fundamental de los derechos sociales parece obvio que cuando hablamos de los individuos hablamos de todo el colectivo, es decir, todo ser humano tiene derecho a ser titular de dichos derechos pero existen circunstancias que hacen que dichos derechos no permitan su acceso a todos independientemente a que se determine su carácter Universal¹³¹. En este sentido, el carácter universal de los Derechos Humanos viene establecido para determinados sujetos, así mientras que todos los individuos *tienen derecho a la integridad física...sólo determinados sujetos específicos (por ejemplo, los jubilados), tienen un derecho a beneficiarse de algún sistema de mantenimiento de ingresos llegado el momento de la vejez¹³²*.

¹³⁰ Arango, R.; Universidad Nacional de Colombia. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales* (reimp edición). Bogotá; Legis, 59.

¹³¹ Que llevan implícito por el mero hecho de ser Derechos Humanos. Recordemos que una de las características de los DDHH es su Universalidad.

¹³² Añón Roig, M. J., y Abramovich, V. (2004). *La Universalidad de los derechos sociales, el reto de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 64.

3.3.2 Obligados.

Es lógico que cuando aparezca un derecho de este tipo aparezca, a la vez que el titular del derecho, el obligado al mismo¹³³, así, el Estado es *visto como el obligado primario para posibilitar la realización de los Derechos Sociales Fundamentales*¹³⁴, pero a su vez aparecen otro tipo de obligados como puede ser el legislador, el ejecutivo y la administración de justicia¹³⁵.

En cuanto al legislador, Arango mantiene que los Derechos Fundamentales necesitan, obligatoriamente, un apoyo por parte del legislador que será el que desarrollará aquellas normas que le sean de aplicación o lo desarrollen; en lo que se refiere al ejecutivo es lógico decir que “*está vinculado a los Derechos Fundamentales*”¹³⁶, ya que el ejecutivo está obligado constitucionalmente a realizar cuantas acciones positivas se encuentren en sus manos para promover y proteger los derechos sociales; la administración de justicia en la figura de juzgados y tribunales son los que toman las decisiones en cuanto a los conflictos entre los ciudadanos y el Estado o entre los ciudadanos entre sí por lo que serán los que determinarán el reconocimiento o el alcance de estos derechos en el ámbito particular, interpretando no solo lo que la

¹³³ Recordemos que en la mayoría de los casos se trata de derechos de carácter prestacional.

¹³⁴ Arango, R.; Universidad Nacional de Colombia. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales* (reimp edición). Bogotá; Legis, 91.

¹³⁵ Esto basado en la tesis que mantiene Arango (Arango, R.; Universidad Nacional de Colombia. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales* (reimp edición). Bogotá. Legis, 23.

¹³⁶ Arango, R.; Universidad Nacional de Colombia. (2005). *El concepto de Derechos Sociales Fundamentales* (reimp edición). Bogotá; Legis, 97.

Constitución marca en referencia a estos derechos, sino también a todas aquellas normas de desarrollo en la materia.

Existe la posibilidad de que el obligado sea un sujeto privado ya que es nuestra propia Constitución (como ya se verá más adelante), la que establece la posibilidad de contratar servicios privados para cubrir contingencias que, en un principio, serían competencia del Estado (véase, por ejemplo, el caso de los seguros privados de salud).

3.4 El carácter universal de los derechos sociales.

La tesis de que los Derechos Humanos son universales es mantenida por la totalidad de los autores que se han dedicado al estudio de los mismos, así pues, por analogía y sabiendo que los derechos sociales se encuentran englobados dentro de la categoría de Derechos Humanos es lógico el entender y afirmar el carácter universal que del mismo modo poseen los derechos sociales; dicho de otro modo *“las ventajas o intereses que proporcionan o satisfacen las libertades y garantías individuales son bienes preciosos para toda persona, mientras que las ventajas o intereses que encierran los derechos sociales se conectan a ciertas necesidades cuya satisfacción en el entramado de las relaciones jurídico-privadas es obviamente desigual¹³⁷”*.

¹³⁷ Abramovich, V., Añón Roig, M. J. y Courtis, C. (2003). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México, D.F.: Fontamara, 121.

Debemos entender Universalidad como el carácter de los derechos que los hacen inherentes a las personas por el mero hecho de serlo en *todos los sistemas políticos, económicos y culturales*¹³⁸, es decir, es el modo en el que todos y cada uno de los sujetos que viven en una sociedad poseen el derecho a ejercer estos derechos independientemente de las características que los rodeen; son los derechos de los que no se les puede privar.

No obstante, dicho carácter universal no debemos entenderlo del mismo modo para todos los derechos ya que, si para los Derechos Humanos se considera la Universalidad teniendo en cuenta que todo ser humano, por el mero hecho de serlo, tiene derecho a su aplicación, en los derechos sociales nos vamos a encontrar con una serie de características que no van a suponer su Universalidad y por tanto la Igualdad para todos los sujetos, ya que esta va a depender de una situación de necesidad de cada persona en concreto frente a una situación concreta y es cierto que, como más adelante veremos, va a depender de una serie de características diferentes según el tipo de protección al que nos enfrentemos¹³⁹ (además, en los siguientes capítulos veremos como esas diferenciaciones de trato unas veces están justificadas y otras no); de hecho es habitual que podamos entender los derechos sociales como *derechos prestacionales* ya que muchos de ellos están pensados para satisfacer carencias de los

¹³⁸Torres García, I. (2011). De la Universalidad a la especificidad: Los Derechos Humanos de las mujeres y sus desafíos. *Pensamiento Iberoamericano*, (9), 43-59.

¹³⁹ Pero sí es cierto que se aplicará la misma Universalidad para todos aquellos sujetos que se encuentren en las mismas condiciones de desigualdad o desamparo.

sujetos antes situaciones de necesidad y que, por tanto, se traducen en un bien o servicio otorgado por el obligado máximo en esta materia, es decir, el Estado¹⁴⁰; lógicamente no se le va a permitir el acceso a la prestación a cualquiera sino únicamente a aquella persona que realmente lo necesite.

En la categoría general de Derechos Humanos será protegido por igual *“cualquier hombre con independencia de su posición social y con independencia también del objeto material protegido”*, mientras que cuando nos referimos a los derechos sociales se exige de las instituciones *“una acción positiva que interfiere en el libre juego de los sujetos privados”*¹⁴¹.

La conclusión final sería que más que carácter universal los derechos sociales son derechos de Igualdad, es decir, no están encaminados a defender al individuo frente a una discriminación normativa, sino a *“gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención... a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada”*¹⁴² en la que debemos perseguir una gran consecución del principio de Igualdad que desemboque en un sistema realmente Universal.

¹⁴⁰ Abramovich, V., Añón Roig, M. J., Courtis, C. (2003). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México, D.F.: Fontamara, 115.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 114.

¹⁴² *Ibid.*, p. 112.

4. LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y COMUNITARIOS DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES.

4.1 Introducción.

Podríamos decir que los derechos sociales nacen muchísimo antes de su reconocimiento (como en la mayoría de los casos), y en este caso en concreto podemos decir, si seguimos las indicaciones de Peces Barba en el libro *“Historia de los Derechos Fundamentales: Tomo III. Siglo XIX”*, que tenemos que buscar la base ya en la antigua Grecia dónde, según él, *“germinarán y crecerán”* los derechos sociales ya que en Grecia se entendía la dignidad humana como algo perteneciente a todos, no solo a unos pocos elegidos es por esto que *“...un rasgo común del espíritu griego será el servicio a la comunidad y la especial relación entre los hombres con el concepto de philía, de la amistad”* sigue argumentando Peces Barba que hay que analizar la frase *“Sois terribles Dioses, en vuestro deseo de destrucción, Héctor os ha hecho sacrificios y ahora le dejáis yacer en tal indignidad...Esto no es Humano”*¹⁴³ dónde surge *“un sentimiento de conmiseración, de solidaridad en el dolor, de queja ante la violencia y la humillación. Es el*

¹⁴³ Canto XXIV (34-50) de la Ilíada. Platón.

origen de la ética de la generosidad, dónde se arraigarán siglos más tarde los derechos sociales¹⁴⁴”.

Partiendo de la base de los griegos haremos un viaje hacia el siglo de las luces donde nos encontraremos la primera concepción de lo que hoy entendemos por Derechos Humanos y con *“las primeras formulaciones directas de los derechos sociales, aún en formas genéricas y poco desarrolladas¹⁴⁵”*. Es en este momento cuando comienzan a aparecer ya nociones de Derechos Humanos clásicos con la forma de derechos naturales y se definirán con la aparición de la primera y segunda generación de derechos¹⁴⁶ cuya finalidad era la de extender su protección y beneficios a todos los hombres.

Será en el siglo XIX cuando comience la construcción de los contenidos de la mentalidad social que se traducirá en los derechos sociales aceptados y conquistados en el siglo XX. El siglo XIX *“...será el tiempo histórico en que estos adquirirán su dimensión actual, tanto política como jurídica, aunque estará también presente, y en algunos momentos con gran fuerza, la mentalidad antitética que se opone a su configuración¹⁴⁷”*. El aumento de este interés por los derechos sociales

¹⁴⁴ Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E., Peces-Barba, G., Rodríguez Uribe, J. M., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2001). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 117.

¹⁴⁵ Peces-Barba, G., Fernández García, E., de Asís Roig, R., Ansuátegui Roig, F. J., Rodríguez Uribe, J. M., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2007). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 432.

¹⁴⁶ Los derechos de primera generación son los derechos civiles y políticos y los derechos de segunda generación son los económicos, sociales y culturales.

¹⁴⁷ Peces-Barba, G., Fernández García, E., de Asís Roig, R., Ansuátegui Roig, F. J., Rodríguez Uribe, J. M., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2007). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 451.

en este periodo viene dado, entre otros factores, por el desarrollo de la sociedad industrial y por la aparición de la clase trabajadora.

Es en la época datada entre finales del siglo XIX y principios del XX cuando un cierto número de Estados pasan a convertirse de Estados de corte Liberal¹⁴⁸ a Estados de corte social¹⁴⁹ y, por tanto, cuando los derechos sociales de verdad comienzan a tomar importancia; tal es ésta que consigue cambiar el modelo de Estado imperante hasta esos momentos ya que son justamente este tipo de derechos los que dan el nombre al nuevo modelo de Estado; Estados preocupados por conseguir el bienestar de los individuos que pasa a proteger ciertas situaciones de necesidad, ya que se da por asumido y conseguido el objetivo de garantizar cierto tipo de derechos (los de primera generación en concreto), que ya no necesitan justificación para su existencia y protección y sin los cuales no podemos hacernos a la idea de Estado, los países civilizados ya los han asumido como lo que son,

¹⁴⁸ El Estado Liberal hace referencia a un conjunto de elementos que configuran un orden jurídico-político en el cual, con el fin de garantizar los derechos de los ciudadanos, se somete la actuación de los poderes públicos y de los ciudadanos a la Constitución y a la ley; se dividen las funciones del Estado y se las encomienda a poderes separados, y por último, se reconocen expresamente unos derechos y libertades de los ciudadanos con plenas garantías jurídicas. (www.iidh.edicióncr/siii/index_fl.htm)

¹⁴⁹ El Estado Social encarna la idea del constitucionalismo social de que sólo puede conseguirse un ejercicio eficaz de los derechos de los ciudadanos mediante la garantía, por parte del Estado, de condiciones mínimas de existencia material del individuo. Este nuevo enfoque del Estado comporta la reivindicación y tutela de los grupos socioeconómicos más débiles y el desarrollo del pluralismo como instrumento de expresión de las demandas sociales y de control sobre los órganos de poder. La transformación del Estado Liberal en Estado Social que tuvo lugar en las sociedades industrializadas del siglo XX, comporta un desplazamiento del énfasis en la libertad jurídico-política como poder legalizado de resistir al poder político, hacia la Igualdad social. El Estado Social es un Estado constitucional que incorpora nuevos derechos de carácter social y garantías por parte del Estado para el cumplimiento de esos derechos. (www.iidh.edicióncr/siii/index_fl.htm)

derechos universales, inalienables y no discriminatorios¹⁵⁰. Es el turno de los derechos sociales, los conocidos como Derechos Fundamentales de segunda generación ya que la consecución y la lucha por los derechos civiles y políticos ha concluido (ya solo queda la tarea de garantizarlos como corresponde y velar por ellos; tarea que no va a cesar con el paso del tiempo porque hay que continuar trabajando por ellos).

En el comienzo del impulso del “Estado Social” (implicando directamente el impulso de los derechos sociales), llega desde prismas muy variopintos: diferentes Estados, diferentes Gobiernos, diferentes ideologías, etcétera. Podemos así comenzar con el ejemplo de Alemania, bajo el Gobierno de Bismark¹⁵¹, que introduce el seguro obligatorio para todos los trabajadores de la industria (1881), para los inválidos (1884), y para los ancianos (1889). En el caso de Italia “...los primeros desarrollos fundamentales fueron obra de gobiernos conservadores¹⁵²”, poniendo de ejemplo la “Ley Crispi¹⁵³” de 1890 y

¹⁵⁰ Citado en las características de los Derechos Fundamentales. Epígrafe 2.1 del presente trabajo.

¹⁵¹ Político prusiano, artífice de la unidad alemana (Schoenhausen, Magdeburgo, 1815 - Friedrichsruh, 1898). La política interior de Bismarck se apoyó en un régimen de poder autoritario, a pesar de la apariencia constitucional y del sufragio universal destinado a neutralizar a las clases medias (Constitución federal de 1871). Inicialmente gobernó en coalición con los liberales, centrándose en contrarrestar la influencia de la Iglesia católica (*Kulturkampf*) y en favorecer los intereses de los grandes terratenientes mediante una política económica librecambista; en 1879 rompió con los liberales y se alió al partido católico (*Zentrum*), adoptando posturas proteccionistas que favorecieran el crecimiento industrial. En esa segunda época centró sus esfuerzos en frenar el movimiento obrero alemán, al que ilegalizó aprobando las Leyes Antisocialistas, al tiempo que intentaba atraerse a los trabajadores con la legislación social más avanzada del momento. (www.biografiasyvidas.com/biografia/b/bismarck.htm)

¹⁵² Baldassarre, A., Villar Borda, L., Universidad Externado de Colombia. (2001). *Los derechos sociales* (1ª edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 24.

¹⁵³ La Ley Crispi de 1890 reunió bajo la misma legislación a las IPAB, (Instituciones Públicas de Asistencia y Beneficencia), que operaban en el campo del bienestar y la educación y les

teniendo en cuenta que la mayoría emana de gobiernos de corte fascista (por la época histórica que estamos viendo). En los casos de Inglaterra y Francia es menos sorprendente ya que la mayor consecución de derechos sociales se consigue bajo el Gobierno de partidos socialistas que, lógicamente, son grandes defensores de los derechos sociales y de su protección ya que estos van implícitos en su propia ideología de partido. En EEUU fue bajo el Gobierno *liberal-progresista de Roosevelt*¹⁵⁴. *“El paso del Estado liberal al Estado Social (con los antecedentes de la Constitución de México de 1917 y de la República de Weimar de 1919) se centra en la puesta en marcha de derechos que garantizan o hacen posible una participación política igualitaria, y por consiguiente una participación de la clase trabajadora en la configuración de una nueva generación de Derechos Fundamentales para asegurar la solidaridad y la Igualdad”*¹⁵⁵.

Siguiendo las ideas de Baldassarre tenemos que pensar que no solo había un interés “altruista” en la consecución de los derechos sociales, no era solo algo que había ganado el pueblo; hemos de ver la postura de los empleadores y su interés de descargarse de aquello que suponía un lastre económico para ellos, obligando al Estado a asumir la protección mediante las instituciones públicas pertinentes y, por tanto, de nuevo en los individuos, eso sí, teniendo en cuenta que ahora van a

otorgó un carácter casi público que les permitía operar con gran autonomía pero les obligaba a someterse al control público, (Sarasa Fernández, Sebastià / Moreno Uriola, Luis; año 1995; página 191-192)

¹⁵⁴Baldassarre, A., Villar Borda, L., Universidad Externado de Colombia. (2001). *Los derechos sociales* (1ª edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 24.

¹⁵⁵ Añón Roig, M. J., Abramovich, V. (2004). *La Universalidad de los derechos sociales, el reto de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 22.

recaer sobre la totalidad de los ciudadanos no sobre aquel que tiene el problema.

A mi entender esta es la base de un Estado Social en el que todos contribuimos, en mayor o menor medida pero siempre bajo el baremo de nuestras posibilidades, para proteger situaciones que hoy no sufrimos pero sí podemos sufrir en el futuro.

Cualquiera de nosotros, que esté asalariado por cuenta ajena o trabaje como autónomo, ingresa en las arcas de la Seguridad Social un porcentaje de su sueldo o beneficio¹⁵⁶ que servirá para garantizar las pensiones de hoy (veremos qué pasa en los años venideros), las prestaciones por desempleo, las incapacidades y el resto de prestaciones pero que, además, intentan garantizar que, llegado el momento, nosotros seamos beneficiarios de las mismas prestaciones que, entonces, estarán pagadas por aquellos que coticen y que, por tanto, ingresen su porcentaje en las arcas públicas correspondientes. Esto se podría sintetizar en un juego dialéctico como el siguiente: “Hoy cotizo yo y en un día futuro otros cotizarán para mí”.

Una conclusión importante al hilo de lo anterior es que el cambio del Estado Liberal al Estado Social no dependió en ningún momento del color ideológico de los países gobernantes (véase la diferencia marcada en la página anterior entre Alemania, Italia, Francia, EEUU), sino del interés común por la conquista de un mundo mejor movido, sin lugar a dudas, por dos fenómenos importantes de la época y que

¹⁵⁶ Llamado Cotización.

hacían necesario el cambio: *“la industrialización, con sus diferentes implicaciones económicas, sociales y políticas y la democratización de los procesos de decisión”*¹⁵⁷. Es cierto que el Estado Social y la consecución de los Derechos Sociales Fundamentales son la base de cualquier sistema democrático actual, es más, sería impensable pensar en una Constitución sin entender que llevan implícito cualquier derecho social en igualdad de condiciones que los derechos civiles y políticos y, por supuesto, el Estado Social y sus *“axiomas”*¹⁵⁸ son características sociales totalmente presentes en los actuales ordenamientos jurídicos y en muchas de las Constituciones Democráticas¹⁵⁹. Hay que añadir que *“...si bien muchos derechos sociales habían sido ampliamente reconocidos y de alguna manera garantizados por leyes ordinarias específicas...su constitucionalización generalizada en los Estados de origen liberal...se produce solo con las Cartas constitucionales emanadas de Europa”*¹⁶⁰. Si se hablara de su racionalización jurídica, esta será bastante más tardía, no será hasta los años '60 del siglo XX cuando comienza la jurisprudencia constitucional a trabajar sobre los derechos que me ocupan¹⁶¹.

¹⁵⁷ Añón Roig, M. J., Abramovich, V. (2004). *La Universalidad de los derechos sociales, el reto de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 26.

¹⁵⁸ Así es como llama Antonio Baldasarre a los derechos sociales en referencia a su relación con el Estado Social.

¹⁵⁹ Aunque es cierto que hasta finales del siglo XIX, la doctrina europea le ha negado la cualidad de derechos en sentido jurídico también a las libertades, reconociéndoles el mero rango de Principios Políticos o, a la sumo, de Principios programáticos.

¹⁶⁰ Las Constituciones de: Francia, Italia, Alemania Occidental y España (Baldasarre, Antonio, 2001, página 30.

¹⁶¹ Añón Roig, M. J., Abramovich, V. (2004). *La Universalidad de los derechos sociales, el reto de la inmigración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 30.

Debo obligatoriamente centrarme en el año 1961 ya que es en este momento cuando se produce el nacimiento de algo sumamente importante en el estudio que me ocupa: LA CARTA SOCIAL EUROPEA. Podemos encontrar la base de La Carta Social Europea en los artículos 1.a¹⁶² y 1.b¹⁶³ del Estatuto del Consejo de Europa¹⁶⁴ y en el propio Convenio de Roma de 1950 y sus primeros protocolos donde se decidió incluir *“un primer grupo de derechos sociales o impregnados de faceta social o prestacional”*¹⁶⁵.

Según Jimena Quesada hay que tener en cuenta una serie de factores básicos:

1. Este cambio supone una serie de gastos adicionales que habrán de soportar el Estado o los Empresarios.
2. Supone un aumento del coste y de los precios de los bienes producidos.
3. Se puede ver debilitado el Comercio Internacional si no convence al resto de países para que realicen un progreso social similar, lo

¹⁶² “La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los Principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social.”

¹⁶³ “Esta finalidad se perseguirá, a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales.”

¹⁶⁴ Jimena Quesada, L. (2006). *Sistema europeo de Derechos Fundamentales*. Barcelona: Colex, 91.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 92.

que conlleva una concentración internacional en un mundo cada vez más globalizado.

4.2 Instrumentos Internacionales.

4.2.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Varias son las bases o antecedentes que se encuentran en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁶⁶; no fue un trabajo único que surgió de la nada sino que fue un esfuerzo conjunto de diversas culturas y organizaciones que nos llevaron a obtener, a mediados del siglo XX, uno de los mayores logros legislativos para el ser humano: el reconocimiento de todos esos derechos básicos y necesarios para el buen funcionamiento de la sociedad y la protección del individuo.

Situaciones como guerras, abusos o lesiones a las personas han supuesto que se hayan ido conquistando una serie de derechos que, al final, consiguieron unificarse y formar lo que hoy en día conocemos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, carta fundamental en cualquier Estado democrático moderno, base de cualquier legislación u ordenamiento jurídico, bases respetadas obligatoriamente¹⁶⁷. A la hora de redactar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sus creadores, debían compartir unas bases

¹⁶⁶ A partir de ahora aparecerá como Declaración Universal de los Derechos Humanos

¹⁶⁷ Véase el primer punto del presente trabajo relativo a la historia de los Derechos Humanos.

mínimas como, por ejemplo, la *existencia de un modelo de ser humano que se reconoce como el sustento y núcleo indispensable, no negociable, de un valor radical y absoluto llamado dignidad*”, que esta dignidad se debe hacer latente en el término “*Derechos Humanos*” y que, además, dicho término es de obligada aplicación para conseguir una vida social estable y que, lógicamente, el término debe, en todo momento, condicionar al Estado a la hora de actuar en consecuencia y, por ende, a la Ley. Su ambición era conseguir que esta Declaración se convirtiera en universal, es decir, de aplicación para todos y cada uno de los sujetos del mundo siendo conscientes de que cada país debería realizar un esfuerzo extra para poder adaptarla a sus tradiciones y culturas pero siempre desde una *justificación racional y con fundamentación de los Derechos Humanos*¹⁶⁸.

El mundo se encontraba de nuevo ante una pésima situación, acababa de terminar la II Gran Guerra y muchos Estados habían sido devastados; de nuevo las beligerancias se habían impuesto en el mundo y las atrocidades reinaron durante esos años.

Había que aclarar algunas cosas, había que romper con ciertas actuaciones que marcarían la historia de la humanidad, había que impedir que actos como los cometidos contra los judíos durante el Holocausto a manos de los nazis volvieran a repetirse. El mundo estaba conmocionado y convencido de que se necesitaba algo que

¹⁶⁸Pallares Yabur, P. d. J. (2013). La justificación racional de los Derechos Humanos en los redactores de la declaración universal de los Derechos Humanos. *Persona y Derecho: Revista De Fundamentación De Las Instituciones Jurídicas y De Derechos Humanos*, (68), 139-158.

frenara definitivamente ese tipo de tropelías; *“Los líderes del mundo decidieron complementar la Carta de las Naciones Unidas con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento*¹⁶⁹.”.

La Carta de las Naciones Unidas¹⁷⁰ se examinó por primera vez en Asamblea General en el año 1946 y se creó una comisión de Derechos Humanos que comenzó a trabajar a partir de su primera reunión en el año 1947 formada por 18 miembros¹⁷¹ de diferentes lugares, ideologías o posiciones. *“El primer proyecto de la Declaración se propuso en septiembre de 1948 y más de 50 Estados Miembros participaron en la redacción final. En su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General, reunida en París, aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ocho naciones se abstuvieron de votar, pero ninguna votó en contra*¹⁷²”.

En mi opinión debe destacarse que la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue concebida en menos de dos años y que, además, fue elaborada por personalidades muy diferentes en todos los sentidos y en un momento histórico en el que el mundo estaba muy dividido y dolorido por la reciente II Guerra Mundial que había dejado

¹⁶⁹ Según el documento *“Historia de la redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”* publicado por Naciones Unidas en su propia página web: www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml

¹⁷⁰ Más tarde pasaría a ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos

¹⁷¹ Entre ellos: Eleanor Roosevelt, la viuda del Presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt, René Bassin, de Francia, quien redactó el primer proyecto de la Declaración, el Relator de la Comisión, Charles Malik, del Líbano, el Vicepresidente, PengChung Chang, de China, y el Director de la División de Derechos Humanos de Naciones Unidas, John Humphrey, de Canadá, quien preparó la copia de la Declaración. Pero de todos ellos, Eleanor Roosevelt fue sin duda la gran impulsora de la aprobación de la Declaración, (datos obtenidos de la página oficial de Naciones Unidas www.un.org)

¹⁷² www.un.org

una situación colectiva complicada y llena de fricciones entre muchos Estados. Es importante recordar aquí que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es la base de inspiración de numerosos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y es considerada como norma mínima necesaria en este sentido. Es el primer y principal documento que, efectivamente, reconoce los Derechos Humanos con las características más arriba ya indicadas y que por su naturaleza los protege.

Varios son los aspectos a resaltar de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre ellos¹⁷³:

- 1. La lista de derechos que se enuncian como una obligación moral y política universal.*
- 2. Haber sido origen y fundamento de los Tratados Internacionales en la materia promovidos por la ONU.*
- 3. El valor interpretativo que las legislaciones internas le puedan dar, como ocurre en el Estado español por obra del artículo 10.2 de la Constitución Española.*

Realizando un análisis sistemático de la Declaración Universal de los Derechos Humanos nos encontramos ante un pliego normativo que consta de un preámbulo y 30 artículos. El preámbulo de la Declaración

¹⁷³Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

Universal de los Derechos Humanos comienza ya utilizando términos básicos para el desarrollo de los Derechos Humanos, así, se encuentran en estas primeras líneas conceptos como libertad, justicia o paz y comenzamos ya leyendo que todo se basa en la dignidad y los derechos iguales e inalienables¹⁷⁴; habla el preámbulo de algo que traté más arriba como una de las razones por las que el mundo trabajó al unísono y es la salida de la II Guerra Mundial y el ansia por acabar con barbaries como las ocurridas durante esos años de lucha entre muchos de los Estados del mundo para seguir estableciendo como obligatorio para todos ellos el reconocimiento y defensa de los derechos en esa Carta contenidos.

Algo que no se puede dejar a un lado y que se debe tener claro desde el momento del inicio de este trabajo es, en palabras de Juan Antonio Carrillo Salcedo, que *“La verdad es que estamos muy lejos del ideal común proclamado en 1948 ya que, en una especie de apartheid global, la humanidad está dividida en dos grandes sectores: el de aquellos para quienes los Derechos Humanos son una realidad, y el de aquellos otros –los más– para los que son todavía un objetivo por el que luchar¹⁷⁵”*.

Los primeros artículos son los que nos permiten tener, de nuevo, una aproximación al concepto de Derechos Humanos, en concreto sus dos

¹⁷⁴ Estas son las primeras líneas del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los Derechos iguales e Inalienables de todos los miembros de la familia humana.”*

¹⁷⁵ Carrillo Salcedo, J. A. (2009). La declaración universal de los Derechos Humanos en su sexagésimo aniversario. *La Toga*, (172), 52-53.

primeros artículos los que van a determinar las cualidades del mismo y que paso a transcribir:

- Artículo 1 Declaración Universal de los Derechos Humanos: *Todos los seres Humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.* Es de este precepto del que se extrae la idea de los principios básicos de los Derechos Humanos: libertad¹⁷⁶, Igualdad¹⁷⁷ y dignidad¹⁷⁸ que, además, hace referencia a términos que se encuentran íntimamente relacionados entre sí donde se describe claramente que los sujetos nacen libres, iguales y con dignidad y donde se reconoce el deber de *fraternidad* vinculado a esos derechos¹⁷⁹.
- Artículo 2 Declaración Universal de los Derechos Humanos: *Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta*

¹⁷⁶ Libertad según el diccionario de la Real Academia de la Lengua: Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. Estado o condición de quien no es esclavo. Estado de quien no está preso. Falta de sujeción y subordinación. Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres. Prerrogativa, privilegio, licencia. Condición de las personas no obligadas por su estado al cumplimiento de ciertos deberes. Contravención desenfadada de las leyes y buenas costumbres.

¹⁷⁷ Igualdad según el diccionario de la Real Academia de la Lengua: Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad. Correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo. Equivalencia de dos cantidades o expresiones. Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos Derechos.

¹⁷⁸ Dignidad según el diccionario de la Real Academia de la Lengua: Cualidad de digno. Excelencia, realce. Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse.

¹⁷⁹ Pallares Yabur, P. d. J. (2013). La justificación racional de los Derechos Humanos en los redactores de la declaración universal de los Derechos Humanos. *Persona y Derecho: Revista De Fundamentación De Las Instituciones Jurídicas y De Derechos Humanos*, (68), 139-158.

Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Este segundo precepto es el que declara el Principio de Universalidad de los Derechos Humanos cuando establece la Igualdad para todos los seres humanos sin distinción alguna.

Los artículos del 3 al 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos son los que consagran lo que conocemos como derechos civiles y políticos, es decir, aquellos que se le reconocen al individuo como miembro de una colectividad y entre los que se destacan: derecho a la vida, libertad, derecho a la seguridad de la persona, derecho a la personalidad jurídica, Igualdad e Igualdad ante la Ley, presunción de inocencia, libre circulación, libre residencia, derecho de asilo, derecho a la nacionalidad, derecho a la propiedad, libertad de pensamiento, libertad de conciencia, libertad religiosa (entre otros).

En los artículos del 22 al 27 nos encontramos con los derechos económicos, sociales y culturales de todos los seres humanos (estos son los que más me interesan porque son la base de mi estudio

posterior), entre los que se destacan: derecho a la Seguridad Social, derecho al trabajo, derecho a la libre elección de trabajo, Igualdad en el salario o libre sindicación (entre otros).

Son estos artículos y, en concreto, el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos la ratio que justifica este trabajo y el que será la base de desarrollo del mismo: el derecho a la Seguridad Social como Derecho Humano Fundamental y, por esa razón, paso a transcribir únicamente este artículo que es el que resulta de mi interés para la investigación: *“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene Derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”*

Dado este mandato hay algunos incisos que se deben tener en cuenta; por un lado habla de que todos los individuos tienen derecho a la Seguridad Social y no establece limitaciones a los sujetos, es decir, para todos por igual por lo que no se debe discriminar a ningún ser humano, todos somos iguales en este derecho (por eso su pertenencia a la categoría de Derecho Humano); en segundo lugar, y muy importante de resaltar, es que el mandato recae sobre la comunidad internacional y, sobre todo, sobre el Estado pero marca un inciso muy importante y es que va a depender de los recursos de cada Estado; lógicamente no pueden actuar del mismo modo todos los Estados ya

que no es lo mismo estar hablando de cualquier país del continente africano que de un país del continente europeo; los recursos con los que cuenta un país del “primer mundo” nunca se equiparán, por escasos que sean, con los de un país del “tercer mundo” y, por tanto, el país no va a poder actuar del mismo modo en el primer caso que en el segundo. Esta es una de las características esenciales a tener en cuenta en el futuro de este estudio ya que introduce una cierta ambigüedad sobre el contenido exigible del derecho.

Los artículos del 28 al 30 hacen mención al derecho de toda persona al orden social e internacional en materia de Derechos Humanos, es decir, establecen la obligatoriedad de que todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos sean efectivos y hace partícipe a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad internacional, lógicamente, a todos los individuos del planeta con las únicas limitaciones para el ejercicio de sus libertades que deriven de la ley¹⁸⁰ y, por último, exhorta a que ninguno de los derechos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos tengan capacidad para hacer eliminar ningún otro derecho recogido en la misma.

¹⁸⁰ Como lo hace también, por ejemplo, nuestro ordenamiento jurídico.

4.2.2 El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El 16 de diciembre de 1966 se adopta y se abre a la firma, ratificación y adhesión el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales que entrará en vigor el 3 de enero de 1976¹⁸¹ (por España sería ratificado el 13 de abril de 1977 publicándose en el BOE el 30 de abril del mismo año); ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 fueron reconocidos y proclamados los Derechos Económicos, Sociales y Culturales pero no fue hasta 1966 con la creación del Pacto cuando fueron codificados de manera uniforme.

El Pacto consta de un Preámbulo y 31 artículos que hacen referencia a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en su preámbulo nos muestra la idea de libertad, justicia y paz¹⁸² como base del reconocimiento a la dignidad de las personas y reconoce que los derechos que se plasman en dicho Pacto tienen su base en dicha dignidad y establece que, sin el reconocimiento de estos derechos, es imposible considerar a la persona libre al igual que lo que se intentaba conseguir con el reconocimiento de los derechos civiles y políticos.

¹⁸¹ Según lo estipulado en su artículo 27 que dice: 1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. 2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

¹⁸² Como ya se vio en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Es el artículo 9¹⁸³ del Pacto el que regula el derecho a la Seguridad Social reconociendo también, por ejemplo, la existencia de los seguros sociales pero poco más dice al respecto pero, con una lectura del citado artículo veremos como lo hace de manera muy escueta.

El Pacto recoge un gran número de derechos laborales entre ellos, tal y como he mencionado en el párrafo anterior, el derecho a la Seguridad Social pero tiene un problema fundamental: su escasa coactividad lo que, sin lugar a dudas, supuso un problema de aplicación del mismo y aunque establece *obligaciones vinculantes*, no se establecen con carácter absoluto y, por tanto, los Estados solo tienen obligación de lograrlas progresivamente y en función de la disponibilidad de recursos de los que cuenten lo que supone, una vez más, que los derechos sociales se hayan visto mermados por la incipiente crisis económica si bien *el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales...considera que el principio de progresividad no excluye la obligación de los Estados de proceder lo más rápida y eficazmente que sea posible para alcanzar los objetivos del Pacto*¹⁸⁴.

Muy diversos son los derechos que se reconocen en dicho Pacto pero paso a enumerar los más importantes. En su primera parte se reconoce, por ejemplo, el derecho a la libre determinación de los pueblos y a utilizar ésta para aplicar el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como ellos determinen. Es a partir del artículo 6

¹⁸³ “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

¹⁸⁴ Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

que encabeza la parte III del Pacto dónde se reconocen derechos tales como el derecho al trabajo, condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, Seguridad Social, libre sindicación y afiliación, protección a la familia y la educación. Todos los derechos reconocidos en el Pacto son la base del Derecho del Trabajo y, claramente, se trata de Derechos Humanos no solo porque así lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos sino porque tal es su trascendencia que no se podría entender una relación de trabajo sin que existieran condiciones igualitarias para los trabajadores (aunque esto puede llevar a discusión porque aún en el siglo XXI existen casos en los que esas condiciones de Igualdad no son cumplidas), derecho de libre sindicación y afiliación para tener la base de protección que da la unidad de los trabajadores gracias a las acciones sindicales o, como es el caso de mi estudio, el derecho a la Seguridad Social, derecho tan importante que de él depende la vida y la sustentación de gran número de personas, en primera instancia y por extensión, de familias completas que no se ven desamparadas gracias a las prestaciones ofrecidas por los sistemas de Seguridad Social (pensemos en pensiones de incapacidad, desempleo, jubilación o viudedad, por ejemplo).

Es de destacar que el Pacto cuenta con la ratificación de numerosos Estados pero, a su vez, es un Pacto muy incumplido¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

Cierto es que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su 48º período de sesiones celebrado entre el 30 de abril y el 18 de mayo de 2012 y, tras haber recibido y estudiado el quinto informe periódico de España sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/ESP/5)¹⁸⁶, expone una preocupación sobre la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales ya que estos solamente son considerados por el Estado español como principios rectores de la política social y económica, de la legislación y de la práctica judicial; así mismo, preocupa el que las disposiciones del Pacto hayan sido invocadas y aplicadas pocas veces ante los órganos judiciales del Estado parte¹⁸⁷.

En palabras del propio Comité, *“El Comité insta al Estado parte a que, en virtud del principio de indivisibilidad, Universalidad e interdependencia de los Derechos Humanos, adopte las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los derechos económicos, sociales y culturales un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos. Asimismo, el Comité recomienda al Estado parte que tome las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales”*; de todo esto se desprende que la aplicabilidad del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

¹⁸⁶ Documento de Naciones Unidas E/C.12/ESP/CO/5.

¹⁸⁷ Es cierto que el Comité deja a parte el derecho a la educación ya que éste sí se reconoce oficialmente en la Constitución Española como parte integrante de los Derechos Fundamentales de los españoles.

Sociales y Culturales no se está realizando de la manera adecuada o esperada por el Estado español.

Existe un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸⁸ que se basa en los principios de Universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los Derechos Humanos¹⁸⁹. Se establece la existencia de un Comité¹⁹⁰ que estará facultado para recibir y examinar comunicaciones siempre y cuando emane de un Estado que sea parte tanto del Tratado como del Protocolo¹⁹¹.

La entrada en vigor y la ratificación del Protocolo por el estado Español supone la accesibilidad de los ciudadanos en los mecanismos de control previstos en el mismo.

El Protocolo no es ni más ni menos, un instrumento por el cual se establecen mecanismos de denuncia e investigación para el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Protocolo también incluye un mecanismo de investigación; Los firmantes pueden permitir al Comité investigar, reportar y hacer recomendaciones acerca de

¹⁸⁸ PF-ICESCR (por sus siglas en inglés) o PIDESC

¹⁸⁹ Tal y como expone en la exposición de motivos del Protocolo.

¹⁹⁰ Órgano de tratado de las Naciones Unidas creado por el Consejo Económico y Social, que supervisa la aplicación del PIDESC por los Estados Parte; está conformado por 18 expertos independientes, designados y elegidos por los Estados Parte, por un período fijo renovable de cuatro años. Tiene el mandato de examinar los informes que los Estados Parte deben presentar periódicamente sobre las medidas que adoptan para aplicar las disposiciones del PIDESC; además, expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales". Para facilitar la evaluación, el Comité ha adoptado directrices sobre la forma y el contenido de los informes. También adopta "observaciones generales" que permiten guiar la interpretación y la aplicación de los artículos del PIDESC. A partir de la entrada en vigencia del PF-PIDESC, el Comité estará facultado para examinar comunicaciones individuales e interestatales, e investigar presuntas violaciones al PIDESC.

¹⁹¹ El día 24 de septiembre de 2009, el Plenipotenciario de España firmó en Nueva York el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008; ratificado el día 9 de julio de 2010 y publicado en el BOE núm. núm. 48, de 25 de febrero de 2013, páginas 15421 a 15429.

"violaciones graves o sistemáticas" a la Convención. Los firmantes pueden también optar por no adquirir esta obligación ya sea en la firma o en la ratificación del Protocolo.

El Protocolo Facultativo establece una nueva forma de protección de los derechos económicos, sociales y culturales al que todos los Estados que hayan ratificado el Pacto tienen que someterse por obligación de los artículos 16 y 17 del mismo; del Protocolo destaca que es facultativo, es decir, que es de aplicación voluntaria para los Estados que lo quieran firmar. El Protocolo Facultativo establece una nueva forma de protección de los derechos sociales y arbitra instrumentos para que se puedan interponer denuncias por violación o no cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales¹⁹² a través de:

1. Comunicaciones individuales.
2. Comunicaciones interestatales.
3. Procedimiento de investigaciones graves y sistemáticas de los derechos sociales, económicos y culturales.

Las comunicaciones al Comité deberán ser presentadas por una persona o grupo de personas que se encuentren bajo la jurisdicción del

¹⁹²Gómez Ciriano, E. J. (2012). España se examina... y suspende en derechos sociales. El Estado español ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. *Documentación Social*, (164), 189-212.

Estado Parte y que hayan sido víctimas de una violación en materia de derechos económicos, sociales y culturales por parte de dicho Estado.

Los autores de la comunicación deben:

- a) Agotar los recursos internos, es decir, que previo a presentar la comunicación individual deben haber utilizado los recursos disponibles de la jurisdicción interna y el caso no debe hallarse pendiente de resolución, salvo que los recursos internos no sean efectivos, no estén a disposición del autor y/o sean objeto de “dilaciones indebidas”.
- b) Presentar la comunicación dentro del plazo de un año desde el agotamiento de los recursos internos.
- c) Asegurarse de que el mismo caso no haya sido presentado ante un mecanismo internacional similar.

Los interesados deben alegar la existencia de violación de uno o más derechos de los contenidos en el Pacto Internacional al que hace referencia¹⁹³ y es de destacar que pueden presentarse comunicaciones que aleguen hechos sucedidos antes de la fecha de entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte interesado solo si esos

¹⁹³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

hechos alegados han sido continuados en el tiempo perdurando después de la fecha de entrada en vigor¹⁹⁴.

El procedimiento incluye la posibilidad de solicitar medidas provisionales, y como aspectos novedosos, el Protocolo Facultativo incorpora la posibilidad de una “solución amigable”, establece un estándar de revisión específico y faculta al Comité para consultar documentación pertinente procedente de otros órganos, organismos especializados, fondos, programas y mecanismos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales, incluidos los sistemas regionales.

El Protocolo establece como vía para controlar y preservar los derechos la presentación de informes periódicos¹⁹⁵ por parte de los Estados ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

En síntesis son de resaltar las palabras de Navi Pillay en la alocución que hizo en la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 2008: *“Al cerrar una brecha histórica en la protección de los Derechos Humanos dentro del sistema internacional, el protocolo facultativo representa un verdadero hito en la historia de los Derechos Humanos universales, y es una firme y clara declaración sobre el valor y la importancia iguales que tienen todos los Derechos Humanos y la necesidad de contar con una mayor protección legal de los derechos*

¹⁹⁴Adnane Rkioua, A. (2011). El artículo 10.2 Constitución Española: Un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales: Reflexiones tras la ratificación de España del Pacto facultativo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 126-140.

¹⁹⁵ Examen Periódico Universal (EPU en castellano, UPR en inglés)

económicos, sociales y culturales. Nos acercará a la visión unificada de los Derechos Humanos de la Declaración Universal. Sobre todo, permitirá a las víctimas, por primera vez, buscar justicia para las violaciones de sus derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito internacional”.

En una entrevista¹⁹⁶ concedida por Christian Courtis y Ulrik Halsteen, de la OHCHR¹⁹⁷ se puede llegar a la conclusión de era necesaria la creación de este Protocolo Facultativo ya que se debía disponer de un mecanismo de denuncias para el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para conseguir que los derechos contenidos en el Pacto fuesen igual de importantes que el derecho a la vivienda digna, a la salud, a los alimentos,..., no podían ser entendidos como derechos de “segunda” y se hacía imprescindible cumplir con los principios de indivisibilidad, interdependencia y valor igual de todos los Derechos Humanos, que es un principio plasmado en el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De hecho, la ausencia de un mecanismo de denuncias era equivalente a relegar los derechos económicos, sociales y culturales a derechos de segunda clase.

La creación del Protocolo Facultativo puede ayudar a corregir esa percepción y a posicionar a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos en un mismo nivel que los civiles y políticos.

¹⁹⁶hrbportal.org/archives/insights/protocolo-facultativo-del-Pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales (15 de julio de 2015).

¹⁹⁷Unidad de asuntos de Derechos Humanos, sociales y económicos.

El protocolo facultativo implica que el Comité de derechos económicos, sociales y culturales puede, por medio de la revisión de casos, ahondar aún más la comprensión del contenido de los derechos, usando y fortaleciendo a la vez las leyes domésticas y regionales para ello. La existencia de un mecanismo internacional de denuncias puede servir también como incentivo para fortalecer la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito nacional¹⁹⁸.

El Protocolo, obviamente, ha permitido que exista evolución en lo que a los mecanismos de control de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere y ha establecido en el sistema de Tratados de Naciones Unidas el derecho de los particulares a denunciar consiguiendo que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales tengan una consideración similar a los derechos de primera generación¹⁹⁹.

Es cierto que, hasta la llegada del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, muy poca era la protección que se le otorgaba a los Derechos Humanos en su vertiente de derechos económicos, sociales y culturales esto era debido, en gran medida, al no existir un sistema de control de aplicación de los mismos

¹⁹⁸López Martín, A. G. (2011). La protección internacional de los derechos sociales. A propósito de la ratificación española del protocolo facultativo del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 2008. *Foro. Revista De Ciencias Jurídicas y Sociales*, (13), 13-59.

¹⁹⁹Riquelme Cortado, R. M. (2012). El protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales: Comunicaciones de personas o grupos como piedra angular. *Revista Electrónica De Estudios Internacionales (REEI)*, (24)

y esto era, en definitiva²⁰⁰, lo que pretendía establecer el Protocolo Facultativo²⁰¹ consiguiendo, de este modo, una interrelación real de todos los Derechos Humanos entre sí tal y como se pretendía en la redacción inicial de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, reconociendo, por primera vez, en una norma convencional universal la plena justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales²⁰².

Muy buena es la intención de los Estados a la hora de ratificar el Protocolo Facultativo pero hay que decir que el grado de compromiso de éstos no es demasiado alto ya que al realizar un análisis detallado se puede observar que *la proclamación de...los derechos no va acompañada de un adecuado y eficaz sistema que garantice su aplicación, pues ninguno de ellos permite que, en caso de violación, la víctima...pueda actuar a nivel internacional denunciando al Estado infractor*. Estamos ante lo que podría denominarse *un evidente déficit proteccionista*, cosa que no ocurre con los derechos civiles y políticos que sí que cuentan con mecanismos que permiten demandas individuales ante los órganos judiciales internacionales²⁰³.

²⁰⁰ Adnane Rkioua, A. (2011). El artículo 10.2 Constitución Española: Un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales: Reflexiones tras la ratificación de España del Pacto facultativo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 126-140.

²⁰¹ De este modo se podría llegar a equiparar los derechos económicos, sociales y culturales a los derechos civiles y políticos.

²⁰² López Martín, A. G. (2011). La protección internacional de los derechos sociales. A propósito de la ratificación española del protocolo facultativo del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 2008. *Foro. Revista De Ciencias Jurídicas y Sociales*, (13), 13-59.

²⁰³ *Ibid.*, pp. 13-59.

El Protocolo Facultativo es, ciertamente, garantista para con los ciudadanos en cuanto a derechos económicos, sociales y culturales se refiere y ha conseguido que estos derechos se conviertan en subjetivos al contemplar la posibilidad de que los ciudadanos presenten reclamaciones cuando se produzca violación de sus derechos sociales, ahora bien, desde una visión europeísta sería mucho más comprensivo que se hubiese ratificado la Carta Social Europea que el propio Protocolo Facultativo; la ratificación de la Carta Social Europea supondría llegar a un *establecimiento estándar europeo de derechos sociales*²⁰⁴.

Hay que concluir diciendo que el grado de ratificación por parte del Estado Español del Protocolo de Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es muy bajo ya que, como he dicho anteriormente, es el Estado el que debe otorgar la eficacia del mismo en base a sus posibilidades si bien es utilizado por la vía de los artículos 10.2 y 96 de la Constitución²⁰⁵.

4.2.3 Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

La Organización Internacional del Trabajo²⁰⁶ se crea tras el Tratado de Versalles firmado en junio de 1919²⁰⁷; la función primordial de la OIT es

²⁰⁴Adnane Rkioua, A. (2011). El artículo 10.2 Constitución Española: Un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales: Reflexiones tras la ratificación de España del Pacto facultativo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 126-140.

²⁰⁵Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

²⁰⁶O.I.T o I.L.O (esta última en inglés).

hacer más homogéneo todo el ámbito laboral en los países del mundo mediante el mecanismo de los Convenios Internacionales.

Qué mejor modo de definir la OIT que utilizando las palabras de su Director General, Juan Somavia: “*El objetivo primordial de la OIT es promover oportunidades para que mujeres y hombres puedan obtener un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana*”²⁰⁸.

La OIT pretende promover la justicia social y los Derechos Humanos y laborales que están reconocidos ya a nivel internacional; entre sus misiones están las de promover el trabajo decente, buenas condiciones laborales y económica, mejorar la protección social y favorecer el diálogo²⁰⁹.

Es de destacar la importancia que tiene la OIT en momentos de *retroceso legislativo y desregulación*, ahora bien, hay que señalar que las únicas obligaciones de los Estados miembros cuando se adopta un Convenio por la OIT es someterlo a ratificación en el plazo de un año desde que se adopta en conferencia y pasa a ser vinculante aún sin contar con *desarrollo legislativo interno posterior*. Una vez se han ratificado los Convenios de la OIT los Estados deben presentar una memoria para que la comisión de expertos realice un análisis de su cumplimiento (informe que será analizado en la próxima Conferencia); una vez ratificados los Convenios de la OIT y por la vía del artículo 96

²⁰⁷ Que será el Tratado con el que se ponga fin a la I Gran Guerra.

²⁰⁸ www.ilo.com

²⁰⁹ Ya que se trata de una organización tripartita formada por Estados, empleadores y trabajadores.

de la Constitución estos quedan integrados en nuestro ordenamiento jurídico interno y son dotados de la eficacia que para ellos prevé el citado artículo constitucional²¹⁰.

Los derechos y libertades fundamentales en el trabajo vienen reguladas y protegidas por uno de los organismos especializados más importante de Naciones Unidas: la OIT. Es de resaltar la importancia de sus tres mecanismos de actuación para la protección de dichos derechos y libertades²¹¹:

1. La creación de normas sociales de carácter internacional a través de Convenios y recomendaciones.
2. La prestación de asistencia técnica a los Estados.
3. La elaboración de estudios que faciliten la acción social de la OIT, sus miembros y otras instituciones.

La OIT, además, supervisa los compromisos adquiridos por los Estados miembros a través de sus dos mecanismos de control: los informes estatales y el sistema de reclamaciones y quejas y el procedimiento especial en materia de libertad sindical.

²¹⁰Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

²¹¹López Martín, A. G. (2011). La protección internacional de los derechos sociales. A propósito de la ratificación española del protocolo facultativo del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 2008. *Foro. Revista De Ciencias Jurídicas y Sociales*, (13), 13-59.

Es de destacar que los objetivos de la OIT²¹² se basan en cuatro características fundamentales y estratégicas:

1. Promover y cumplir las normas y los principios y Derechos Fundamentales en el trabajo.
2. Crear mayores oportunidades para que mujeres y hombres puedan tener empleos e ingresos dignos.
3. Mejorar la cobertura y la eficacia de una Seguridad Social para todos²¹³.
4. Fortalecer el tripartismo y el diálogo social.

Tenemos ya una visión clara de cuáles son los objetivos de la OIT pero, lógicamente, se hace necesario aclarar cómo van a conseguirse los mismos, así, varios son los mecanismos que va a utilizar dicha organización, entre ellos:

1. Formulando políticas y programas internacionales para promover los Derechos Humanos Fundamentales, mejorar las condiciones de trabajo y de vida, y aumentar las oportunidades de empleo.

²¹² Según información obtenida de su propia página web: www.ilo.org

²¹³ Ésta será la misión en la que me centraré después porque es la que interesa a mi estudio.

2. Elaborando normas internacionales del trabajo respaldadas por un sistema singular de control de su aplicación²¹⁴.
3. Formulando e implementando, en asociación activa con sus mandantes, un amplio programa de cooperación técnica internacional, para ayudar a los países a llevar a la práctica dichas políticas.
4. Llevando a cabo actividades de formación, educación e investigación que contribuyen al progreso de todos estos esfuerzos.

Las normas de la OIT están sometidas a un sistema de control que ayuda a garantizar que los países miembros de la organización cumplan y apliquen los Convenios que ratifican; es la misma OIT la que examina dicha aplicación y colabora en la interpretación de las mismas en caso de duda o controversia; esto lo hace a través de dos mecanismos que tratan de garantizar el cumplimiento: el mecanismo de control periódico y el mecanismo para los procedimientos especiales los primeros derivados directamente de los Estados miembros y los segundos procedentes de reclamaciones o quejas:

²¹⁴ Llevadas a cabo en forma de Convenios para los países miembros de la OIT.

1. Mecanismo de control periódico: Es el examen de los informes sobre aplicación por ley que envían los Estados miembros junto con las observaciones que envían empleadores y trabajadores.

2. Procedimientos especiales: Se activan después de la presentación de una reclamación o una queja:
 - a. Procedimiento de reclamación de aplicación de los Convenios ratificados.

 - b. Procedimiento de queja con respecto a la aplicación de los Convenios ratificados.

 - c. Procedimiento especial de queja por violación de libertad sindical.

Dicho esto hay que remarcar que la intención de la creación de la OIT y todos sus tratados es llegar a una visión internacionalista del Derecho del Trabajo, ahora bien, este objetivo no se ha cumplido como se esperaba, por lo menos en España, ya que las normas internacionales y, sobre todo las emanadas de la OIT, tienen escasa aplicación práctica por los órganos judiciales españoles y se entienden como *meros principios inspirados, sin traslación efectiva y concreta, cuando no son expresamente incumplidos*; ahora bien, esta situación es, sin

lugar a dudas, contradictoria *con el carácter vinculante de los Tratados Internacionales* que, recordemos, son de plena aplicación²¹⁵.

4.3 Instrumentos Europeos.

4.3.1 Emanados del Consejo de Europa.

4.3.1.1 El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Es el primer instrumento europeo creado después de la unión de Estados producida a partir de 1948²¹⁶, emana del Consejo de Europa. Es el 4 de noviembre de 1950 en la ciudad de Roma el momento en el que se aprueba El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales²¹⁷ donde se reconocen, en primera instancia, los derechos civiles y políticos²¹⁸.

Hay que destacar que se trata de un Convenio genérico por lo que los derechos de carácter laboral que encontramos en él son menores si bien es cierto que ha tenido amplia aplicación con la protección de

²¹⁵Falguera i Baró, M. À. (2016). La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la sala de lo social del tribunal supremo. algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 33-71.

²¹⁶ De la que nacerá la propia Declaración de Derechos Humanos de 1948.

²¹⁷ Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 y publicado en el BOE el 10 de octubre de 1979.

²¹⁸ Los sociales se dejarán para la Carta Social Europea.

derechos tales como la intimidad, la libertad de expresión o la no discriminación²¹⁹.

Este será la primera compilación de Derechos Humanos a nivel europeo y, en ello, radica su importancia; entre los derechos reconocidos en el Convenio encontramos los siguientes:

- Derecho a la vida (artículo 2).
- Prohibición de la tortura (artículo 3).
- Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (artículo 4).
- Derecho a la libertad y a la seguridad (artículo 5)
- Derecho a un proceso equitativo (artículo 6)
- No hay pena sin ley (artículo 7)
- Derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8)
- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 9)
- Libertad de expresión (artículo 10)
- Libertad de reunión y de asociación²²⁰ (artículo 11)
- Derecho a contraer matrimonio (artículo 12)
- Derecho a un recurso efectivo (artículo 13)
- Prohibición de la discriminación (artículo 14).

²¹⁹ Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

²²⁰ Es cierto que este derecho sí que es de carácter social pero será el único que se vea regulado por el presente Convenio

Es en este Convenio donde viene regulado, además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los artículos del 19 al 51 en cuanto a composición, institución, competencias, etcétera.

El Convenio tiene dos protocolos que han añadido una serie de derechos posteriormente y que son:

1. Protocolo adicional:

- a. Protección de la propiedad.
- b. Derecho a la instrucción.
- c. Derecho a elecciones libres.

2. Protocolo número seis:

- a. Abolición de la pena de muerte.
- b. La pena de muerte en tiempo de guerra.

4.3.1.2 La Carta Social Europea.

La Carta Social Europea es otro de los instrumentos de carácter social del que, indudablemente, debemos hablar; la Carta fue aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961²²¹ pero es cierto que se modificó en diversas ocasiones, en concreto, a través de tres protocolos adicionales²²² lo que dio lugar a la versión revisada de la Carta que se

²²¹ España la ratificó el 6 de mayo de 1980 y se publicó en el BOE 26 de junio de 1980.

²²² España ratificó los dos primeros protocolos modificativos: el de 5 de mayo de 1988 y el de 21 de octubre de 1991, el 24 de enero de 2000 y fueron publicados en el BOE 25 de abril de

aprobó el 3 de mayo de 1996, es decir, varias décadas más tarde; de los tres protocolos España solamente ha ratificado los dos primeros pero es cierto que el último de ellos aparece en la versión revisada de la Carta que sí ha sido firmada²²³ por España (aunque no ratificada), cosa que resulta incomprensible ya que los derechos que en ella se reconocen son base de la política social europea y aparecen reflejados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea por lo que la única explicación posible es que España tenga la intención de no aplicar el procedimiento de reclamaciones colectivas que la Carta reconoce y establece²²⁴.

La regulación más importante para el trabajo que me ocupa es, claramente, la contenida en los artículos 11²²⁵ que regula y establece la protección a la salud; 12²²⁶ que regula y establece la existencia de un

2000 pero, a día de hoy, España no ha firmado ni ratificado el protocolo de fecha 9 de noviembre de 1995.

²²³ El 23 de octubre de 2000.

²²⁴ Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

²²⁵ “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.”

²²⁶ “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A establecer o mantener un régimen de seguridad social. 2. A mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio internacional del trabajo (número 102) sobre normas mínimas de seguridad social. 3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social. 4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) La Igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes Contratantes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las Partes Contratantes. b) La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social, por medios

régimen de Seguridad Social, 13²²⁷ que reconoce el derecho a la asistencia social y médica y 14²²⁸ que establece de la misma ya que regulan el derecho a la salud y la seguridad social y la asistencia social y médica así como los beneficios sociales²²⁹.

La Carta Social Europea consta de 38 artículos estructurados entre cinco Partes diferenciadas; la idea del Consejo de Europa con La Carta Social Europea era que los derechos sociales quedaran garantizados sin discriminación alguna y así lo deja claro en su preámbulo²³⁰.

Es importante resalta que ni la Carta de 1961 ni la de 1996 cuentan con un órgano jurisdiccional que se equipare en importancia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es decir, no existe un órgano

tales como la acumulación de los períodos de seguro o 'de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes Contratantes."

²²⁷ "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado. 2. A valor por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales. 3. A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar. 4. Aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de Igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes Contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953."

²²⁸ "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social. 2. A estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios."

²²⁹ Si bien es cierto que todos ellos aparecen en la versión inicial de la Carta o en los protocolos ratificados por España y que, por tanto, son plenamente aplicables en el ámbito interno tal y como defiende Carlos L. Alfonso.

²³⁰ Aunque no lo nombra como tal considera que es el preámbulo o exposición de motivos porque explica su intención antes de comenzar con el articulado

destinado a interpretar o entender los casos en los que exista violación de los derechos que la Carta garantiza.

La Unión Europea no le ha otorgado a La Carta un trato que pueda equipararse, en cuánto a valor de norma y órganos se refiere, a los que protegen otro tipo de derechos de la misma índole. En relación a ella solo se ha establecido²³¹ que *“la Unión se adhiere al Convenio y que los Derechos Fundamentales garantizados en él, forman parte del derecho de la Unión como principios generales”*²³².

La Carta Social Europea se compone de cinco partes diferenciadas más un anexo que hace referencia al ámbito de aplicación; en la Parte I se enumeran los derechos y principios en los que se va a basar la Carta (y que más adelante pasaré a enumerar); en la parte segunda se pasa a desglosar, en 19 artículos, dichos derechos y principios (derecho al trabajo, negociación colectiva, formación profesional, protección social, derecho de los trabajadores inmigrantes, etcétera); en la Parte III se recogen las obligaciones de las partes contratantes; en la Parte IV aparecen los informes sobre las disposiciones aceptadas (y no aceptadas); la Parte V habla sobre la suspensión de las

²³¹ En los artículos 6.2 y 6.3 del Tratado de Lisboa. “2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los Derechos Fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”

²³² Milione Fugali, C. (2012). ¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la carta social europea, revisada en 1996?: Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (2), 113-132.

obligaciones en caso de guerra o de peligro público, restricciones o la relación entre La Carta y el derecho interno de cada país²³³.

La parte primera tiene una gran importancia a mi parecer porque se establecen una serie de exigencias para todos los Estados que ratifiquen la Carta Social Europea que se traducen en derechos básicos de cualquier trabajador, así es esta parte primera la que paso a transcribir:

- *Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido.*
- *Todos los trabajadores tienen derecho a unas condiciones de trabajo equitativas.*
- *Todos los trabajadores tienen derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo.*
- *Todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso.*
- *Todos los trabajadores y empleados tienen derecho a asociarse libremente en organizaciones nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales.*

²³³ España declara que interpretará y aplicará los artículos 5 (derecho sindical) y 6 (derecho de negociación colectiva), en relación con el artículo 31 (restricciones) y el anexo de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución Española. (Información extraída de www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/Carta-social-europea/Carta-social-europea.htm)

- *Todos los trabajadores y empleadores tienen derecho a la negociación colectiva.*
- *Los niños y los adolescentes tienen derecho a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos.*
- *Las trabajadoras, en caso de maternidad, y las demás trabajadoras, en los casos procedentes, tienen derecho a una protección especial en su trabajo.*
- *Toda persona tiene derecho a medios apropiados de orientación profesional, que le ayuden a elegir una profesión conforme a sus aptitudes personales y a sus intereses.*
- *Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional.*
- *Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar.*
- *Todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la Seguridad Social.*
- *Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a la asistencia social y médica.*
- *Toda persona tiene derecho a beneficiarse de servicios de bienestar social.*
- *Toda persona inválida tiene derecho a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, sea cual fuere el origen y naturaleza de su invalidez.*

- *La familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo.*
- *La madre y el niño, independientemente de la situación matrimonial y de las relaciones de familia, tienen derecho a una adecuada protección social y económica.*
- *Los nacionales de cada una de las partes contratantes tienen derecho a ejercer, en el territorio de otra parte, cualquier actividad lucrativa en condiciones de igualdad con los nacionales de esta última, a reserva de las restricciones basadas en motivos imperiosos de carácter económico o social.*
- *Los trabajadores migrantes nacionales de cada una de las partes contratantes y sus familias tienen derecho a la protección y a la asistencia en el territorio de cualquiera otra parte contratante.*

Lo que se pretendía con La Carta Social Europea viene definido claramente en el artículo 1 de la misma que establece que se pretende “...facilitar el progreso económico y social de sus estados miembros”; la Carta Social Europea es, sin duda, un estándar mínimo de protección de las personas en relación a los derechos que en ella se contienen. En el caso de que La Carta Social Europea no superara el estándar mínimo establecido por otras normas (bien nacionales o bien internacionales), se aplicarían las que concediesen una mayor protección al interesado.

Se puede entender La Carta Social Europea como un complemento claro y necesario al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 ya que, este último, únicamente se refería a los derechos civiles y políticos sin llegar a garantizar los económicos y sociales por lo que se hacía necesaria una regulación que los protegiese eso sí, con un nivel de protección efectivo inferior al de los Derechos Humanos en el Convenio Europeo²³⁴.

Los órganos judiciales españoles utilizan la Carta Social Europea como fuente en la emisión de sentencia y, de hecho, el Tribunal Constitucional le ha otorgado un valor que se verá a continuación gracias a los artículos 10.2 y 96 de la Constitución Española. En relación al artículo 10.2 de la Constitución Española constituye un parámetro interpretativo de obligada aplicación en relación con los derechos lo que quiere decir que es totalmente lícito alegarla directamente ante los órganos judiciales que deberán interpretar los derechos de nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo con el estándar mínimo de la Carta Social Europea; al tratarse de un texto generador de principios generales del derecho comunitario es considerada como fuente interpretativa de primer orden que los órganos judiciales deben de apreciar. *“Hay que remarcar la importancia que puede tener la Carta Social Europea en relación con la interpretación de los derechos que, en nuestra Constitución, se incluyen en el Capítulo III, bajo el rótulo*

²³⁴ Freixes Sanjuan, Teresa, Catedrática de Derecho Constitucional y Presidenta del Instituto Europeo de Derecho. *“La justiciabilidad de la Carta Social Europea”*. http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:loFYh7A6bwAJ:cpdp.uab.es/derecho_penal/freixes/consejo_de_europa/Carta%2520Social%2520Europea.%2520Justiciabilidad.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es (16/07/2015)

general de "Principios rectores de la política social y económica" que, según el art. 53.3 Constitución Española "sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con las leyes que los desarrollen". Pues bien, la ratificación de la Carta Social y su publicación en el BOE, como consecuencia de los arts. 10.2 y 96 Constitución Española, van a permitir que los contenidos de los derechos del Capítulo III, puedan ser obtenidos, además de las leyes de desarrollo directo, de la regulación concreta que estos derechos obtienen en la propia Carta Social. Además, hay que recordar la función que cumple esta Carta en el Derecho comunitario. Por lo que, los derechos del Capítulo III van a obtener un estándar y un nivel de protección que no sólo deriva del derecho de origen interno, sino que habrá que ponderar los distintos niveles de protección o estándares (interno, comunitario y el de la Carta Social) para determinar la configuración concreta y la interpretación adecuada a cada derecho en cada caso concreto²³⁵."

Hay que recordar que, el artículo 10.2 de la Constitución establece que *"las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España"*, esto supone la aparición de límites a la soberanía del Estado

²³⁵Freixes Sanjuan, Teresa, Catedrática de Derecho Constitucional y Presidenta del Instituto Europeo de Derecho. *"La justiciabilidad de la Carta Social Europea"*. http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:loFYh7A6bwAJ:cpdp.uab.es/derecho_penal/freixes/consejo_de_europa/Carta%2520Social%2520Europea.%2520Justiciabilidad.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es (16/07/2015)

a través del Derecho Internacional en sus *relaciones con los ciudadanos* lo que establece que los órganos judiciales deben interpretar los Derechos Fundamentales del texto constitucional con arreglo al Derecho Internacional; cierto es que el Tribunal Constitucional ha reconocido que, aunque se hace referencia a los artículos dedicados a los Derechos Fundamentales contenidos en los artículos 14 al 38 de la Constitución no se hace incompatible con la aplicación de los mismos a otros derechos²³⁶.

El mandato del artículo 10.2 de la Constitución permite integrar el contenido de las disposiciones sobre la materia aprovechando su *contextura receptiva* y ampliando, de ese modo, el ámbito normativo constitucional²³⁷.

Varios son los ejemplos que podemos enumerar en este momento del uso de La Carta Social Europea por el Tribunal Constitucional; si lo dividimos por categorías encontraremos los siguientes:

- a) Derecho de Huelga: Desde sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional se ha servido de la Carta Social Europea para justificar los argumentos de fundamentos jurídicos. En el Caso del decreto-ley 17/1977, regulador de la huelga y los conflictos

²³⁶ Adnane Rkioua, A. (2011). El artículo 10.2 Constitución Española: Un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales: Reflexiones tras la ratificación de España del Pacto facultativo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 126-140.

²³⁷ Milione Fugali, C. (2012). ¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la carta social europea, revisada en 1996?: Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (2), 113-132.

colectivos de trabajo²³⁸ el Tribunal Constitucional utilizó la Carta Social Europea para conseguir que el derecho a la huelga se llegara a interpretar en base a este tratado internacional afirmando el Tribunal Constitucional en su Fundamento Jurídico 15 que *"el art. 3.2 del Real Decreto-Ley hay que entenderlo adicionado o completado con lo que resulta de los Convenios 88 y 89 de la O.I.T., del Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales, de la Carta Social Europea y de la Ley de Asociación Sindical"*.

- b) Derecho de Sindicación: En el Caso de la CNT contra el IMAC²³⁹, se discutía si el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, al hacer públicos los resultados de elecciones sindicales, tenía que comunicar el porcentaje alcanzado por la abstención además del número de delegados que cada organización participante en tales elecciones había obtenido. La controversia venía originada porque el sindicato CNT había preconizado la abstención y el IMAC hizo públicos los resultados sin hacer referencia al número o porcentaje de abstenciones. El Tribunal Constitucional cita en la sentencia el art. 5 de La Carta Social Europea, en el que se proclama el derecho de los sindicatos a realizar libremente sus actividades de tal modo que *"las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho"*

²³⁸STC 11/1981, en Recurso de inconstitucionalidad, BOE del 25 de abril de 1981.

²³⁹STC 23/1983, en Recurso de amparo, BOE del 27 de abril de 1983.

o a entorpecer su ejercicio legal". Para el Tribunal Constitucional "es absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico la incidencia en el derecho a la libertad sindical de la publicación del dato de la abstención que, por otro lado, no tiene un valor unívoco, como es comúnmente sabido" (Fundamento Jurídico número 3). En este asunto, el Tribunal Constitucional utiliza la Carta Social Europea para configurar el alcance del ejercicio del derecho a la sindicación.

- c) Derecho a la Negociación Colectiva: Este litigio versaba sobre un conflicto de competencias entre el Gobierno y el Gobierno Vasco en materia de regulación colectiva de condiciones de trabajo²⁴⁰, el Tribunal Constitucional afirmó en su Fundamento Jurídico 10 que *"la Carta Social Europea en su art. 6, ha sido ratificada por España en el Instrumento de 29 de abril de 1980 bajo reserva de interpretación a la luz de los arts. 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución -los tres primeros alegados en este conflicto- y en ésta no se reconoce a los funcionarios públicos la negociación colectiva como un derecho o libertad fundamental"*. El Tribunal Constitucional anuló el Decreto vasco por invadir la competencia estatal de regulación de las bases en materia de las condiciones de empleo del personal al servicio de las Corporaciones Locales.

²⁴⁰STC 57/1982, en Conflicto de competencias, BOE del 18 de agosto de 1982.

d) Derecho a la Asistencia Social y a la Seguridad Social: El deslinde entre asistencia social y Seguridad Social es abordado por el Tribunal Constitucional en el Conflicto de competencias promovido por el Gobierno de Galicia contra dos resoluciones de la Dirección General de Acción Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social²⁴¹ por las que se convocaban dotaciones económicas para la financiación de programas de acción social. El Tribunal Constitucional afirmó en su Fundamento Jurídico 2 que *"Siguiendo la pauta de algunos instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, lo que deba entenderse por Asistencia Social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella"*.

Estos han sido algunos ejemplos de la utilización de La Carta Social Europea como instrumento interpretativo jurisprudencial del Tribunal Constitucional en nuestro país, lo que deja latente el interés de utilizar dicho instrumento a la hora de solucionar conflictos.

Cierto es, sin embargo, que, a día de hoy, España sigue sin ratificar²⁴² la Carta Social Europea lo que demuestra la voluntad de omitir la obligación para con los derechos en ella contenidas por parte del

²⁴¹STC 146/1986, en Conflicto de competencias, BOE del 10 de diciembre de 1986.

²⁴²Salcedo Beltrán, C. (2015). Carta Social Europea y Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. *RL. Relaciones Laborales. Revista del Excelentísimo Colegio de Graduados Sociales de Valencia*, (104), 12-14.

gobierno español²⁴³ y, aunque siempre es posible que llegue el momento, cabe destacar que ningún cambio de los producidos en el gobierno durante estos años ni el auge económico que vivió España en la década anterior hicieron posible la ratificación de La Carta por lo que es dudoso que pueda ocurrir en los años venideros²⁴⁴; recordemos que la *prestación del consentimiento del Estado para obligarse mediante la Carta Social Europea (revisada²⁴⁵), ..., requiere la previa autorización de las Cortes Generales²⁴⁶.*

Dicho lo anterior hay que resaltar que la Carta, por ejemplo, supera en pretensiones a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, sobre todo en lo que se refiere al sistema de garantía de los derechos sociales²⁴⁷.

En definitiva, es de señalar, la actitud pasiva del Estado español para con La Carta y, por tanto, la *preocupante renuncia a la consecución de los niveles más elevados de bienestar social*, ya que hay que señalar que La Carta cumplía con muchos de los requisitos que el Constituyente dejó hilados en el Capítulo III, Título I de la Constitución

²⁴³Jimena Quesada, L. (2006). Retos pendientes del estado social español: En especial, la ratificación de la carta social europea revisada de 1996. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario Multidisciplinar Para La Modernización De Las Administraciones Públicas*, (2), 40-71.

²⁴⁴Milione Fugali, C. (2012). ¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la carta social europea, revisada en 1996?: Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (2), 113-132.

²⁴⁵ Hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

²⁴⁶Jimena Quesada, L. (2006). Retos pendientes del estado social español: En especial, la ratificación de la carta social europea revisada de 1996. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario Multidisciplinar Para La Modernización De Las Administraciones Públicas*, (2), 40-71.

²⁴⁷Ibid., pp. 40-71.

de 1978²⁴⁸ lo que se podría entender como una renuncia de España hacia el carácter social de nuestro ordenamiento jurídico²⁴⁹.

4.3.1.3 El Convenio Europeo de Seguridad Social.

El Convenio Europeo de Seguridad Social y el Convenio Complementario para la aplicación del mismo, se firmaron en París el 14 de diciembre de 1972. El Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo de Seguridad Social se publicó en el Boletín Oficial del Estado de fecha 12 de Noviembre de 1986 y entró en vigor el 25 de Abril de 1986²⁵⁰. Este es otro de los Instrumentos englobados dentro del Consejo de Europa.

Este Convenio se aplicará a las materias de Seguridad Social para el Régimen General y los Regímenes Especiales de carácter contributivo y no contributivo, concernientes a los siguientes aspectos:

- a) Las prestaciones por enfermedad y maternidad.
- b) Las prestaciones por invalidez.
- c) Las prestaciones de vejez.
- d) Las prestaciones de supervivientes.
- e) Las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales.

²⁴⁸“De los Principios Rectores de la Política Social y Económica”

²⁴⁹Milione Fugali, C. (2012). ¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la carta social europea, revisada en 1996?: Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (2), 113-132.

²⁵⁰ Los países que están adheridos o que han ratificado este Convenio son: Austria, Bélgica, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Turquía.

- f) Los subsidios por fallecimiento.
- g) Las prestaciones por desempleo.
- h) Las prestaciones familiares.

Lo que intenta regular este Convenio es que aquellos trabajadores desplazados de cualquiera de los Estados miembros que han ratificado el mismo puedan acceder a las prestaciones enumeradas anteriormente independientemente del Estado en el que tengan su residencia en ese momento²⁵¹ en la forma y efectos que el Convenio establece para cada una de las prestaciones.

El Convenio Europeo de Seguridad Social impone unos mínimos a las prestaciones de Seguridad Social, aunque deja a los Estados opción de ratificar únicamente dos tercios de lo establecido en él.

Respecto a España, ha suscrito todas las partes excepto las referidas a familia (VII) y a muerte y supervivencia (X). Muchos cambios se han producido en nuestro país desde 1994 (momento en el que se ratificó el Convenio por nuestra parte). El Convenio Europeo de Seguridad Social establece únicamente las nueve contingencias clásicas derivadas del Convenio nº 102 de la OIT dejando de un lado la cobertura de paternidad o la prejubilación, por ejemplo.

Como norma general, los trabajadores, están sometidos a la legislación del país en cuyo territorio están ejerciendo su actividad laboral; ahora bien, si se trata de un traslado temporal pueden mantener la legislación

²⁵¹ Siempre y cuando haya ratificado el Convenio.

española de Seguridad Social; siempre deberá tenerse en cuenta que habrá que solicitarlo ante las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administraciones de las mismas la expedición de un certificado que declare que el trabajador continúa sometido a la legislación española de Seguridad Social²⁵².

4.3.2 Emanados de la Unión Europea.

4.3.2.1 Los Tratados de la Unión Europea.

La Unión Europea se crea el 1 de noviembre de 1993 tras la entrada en vigor de El Tratado de Maastricht. El Tratado de la Unión Europea, conocido también como "Tratado de Maastricht" (por haber sido firmado en esa localidad holandesa), constituye una piedra angular en el proceso de integración europeo. El Tratado de Maastricht modificó y completó el Tratado de París de 1951 por el que se creó la CECA, el Tratado de Roma de 1957 que creó la CEE y el EURATOM y el Acta Única Europea de 1986. El objetivo era claro: No centrarse únicamente en el objetivo económico inicial que pretendía crear un mercado común para intentar conseguir la unidad política entre los Estados miembros. El Tratado de Maastricht consagra oficialmente el nombre de "Unión Europea" que en adelante sustituirá al de Comunidad Europea.

²⁵²http://www.segsocial.es/Internet_1/Masinformacion/Internacional/Otrasnormasinternac32162/ConvenioeuropedeSe32165/index.htm

El término Unión se usa desde el inicio del Tratado para significar el avance en un proyecto histórico. Así, el artículo A 2e del Tratado de la Unión Europea dice lo siguiente: "El presente Tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa..."

Todas las acciones emprendidas en la Unión Europea²⁵³ están basadas en los Tratados²⁵⁴ que son aprobados voluntaria y democráticamente por todos los Estados miembros²⁵⁵.

Los Tratados de la Unión Europea más relevantes son los siguientes:

1. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero: Firmado el 18 de abril de 1951 y con entrada en vigor el 23 de julio de 1952²⁵⁶; su finalidad es la de crear la interdependencia en el sector del carbón y del acero para que los Estados no puedan movilizar sus fuerzas armadas sin que los demás tengan conocimiento de ello²⁵⁷. Su mayor objetivo es establecer la libre circulación del carbón y del acero y el acceso libre a las fuentes de producción de los mismos. Se puede

²⁵³ A partir de ahora Unión Europea.

²⁵⁴ Un Tratado es un acuerdo vinculante entre los países miembros de la Unión Europea y establece los objetivos que se quieren conseguir, las normas de aplicación a sus instituciones, la toma de decisiones; dependiendo del tipo de Tratados, las instituciones de la Unión Europea pueden adoptar legislación que los Estados miembros aplican.

²⁵⁵ Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia y Reino Unido

²⁵⁶ Este Tratado expiró el 23 de julio de 2002.

²⁵⁷ Se pretende mitigar la desconfianza y las tensiones creadas a partir de la II Guerra Mundial.

considerar el origen de las instituciones tal y como las conocemos hoy en día²⁵⁸.

2. Tratado de Bruselas: También es conocido como *Tratado de Fusión*, fue firmado el 8 de abril de 1965 y entró en vigor el 1 de julio de 1967; fue el Tratado que combinó los cuerpos ejecutivos de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero²⁵⁹, la Comunidad Europea de Energía Atómica²⁶⁰ y la Comunidad Económica Europea²⁶¹ en una sola estructura institucional; su finalidad era racionalizar las instituciones europeas y fue considerado, por algunos, *el verdadero comienzo de la Unión Europea*²⁶².
3. Tratado de Roma: Firmado el 25 de marzo de 1957 y con entrada en vigor el 1 de enero de 1958; su finalidad es la de instaurar la Comunidad Económica Europea²⁶³ y la Comunidad Europea de Energía Atómica²⁶⁴.
4. Acta Única Europea: Firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y con entrada en vigor el 1 de julio de 1987; su finalidad es la de reformar las instituciones para preparar la adhesión a la

²⁵⁸ ur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Axy0022

²⁵⁹ CECA

²⁶⁰ EURATOM

²⁶¹ CEE

²⁶² <http://unieuropea.blogspot.com.es/2012/12/tratado-de-fusion-1965.html>

²⁶³ CEE.

²⁶⁴ EURATOM.

Unión Europea de España y Portugal y agilizar la toma de decisiones para preparar la llegada al mercado único.

5. Tratado de Maastricht: Conocido también como Tratado sobre la Unión Europea que se firma el 7 de febrero de 1992 y entra en vigor el 1 de noviembre de 1993; su finalidad es la preparación de la Unión Monetaria Europea y la introducción de elementos de unión política como son la ciudadanía, las políticas comunes de asuntos exteriores y de asuntos interiores.
6. Tratado de Ámsterdam: Firmado el 2 de octubre de 1997 y con entrada en vigor el 1 de mayo de 1999; con el objetivo de reformar las instituciones de la Unión Europea para la inminente incorporación de nuevos Estados miembros.
7. Tratado de Niza: Firmado el 26 de enero de 2001 y con entrada en vigor el 1 de febrero de 2003; con el objetivo de modificar las instituciones de la Unión Europea para adaptarlas al número de miembros.
8. Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: Firmado en el año 2004 pero que no llegó a ratificarse. Sus objetivos eran muy similares que los del Tratado de Lisboa.

9. Tratado de Lisboa: Firmado el 13 de diciembre de 2007 y con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009²⁶⁵; la finalidad de este Tratado es hacer la Unión Europea más democrática y más eficiente; se aumentan las competencias del Parlamento Europeo, se realizan cambios en los procedimientos de voto del Consejo, recoge la iniciativa ciudadana y aclara qué competencias corresponden a la Unión Europea, a sus Estados miembros y cuáles se comparten. Se produce, gracias a éste, un cambio importante en materia social ya que asumió carácter normativo otorgándole el mismo valor jurídico que los Tratados²⁶⁶.

Dado que las últimas modificaciones en materia de Derechos Humanos han sido ocasionadas por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y este es el tema que me ocupa va a ser al que le otorgue mayor protagonismo en este apartado.

Una de las características más importantes y significativa del Tratado de Lisboa es *“la atribución de efectos jurídicos a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión”*²⁶⁷; antes había sido introducido

²⁶⁵ Según datos de la página web oficial de la Unión Europea. www.europa.eu

²⁶⁶ Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

²⁶⁷ Fernández Liesa, C. R., Díaz Barrado, C. M., Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria". (2008). *El tratado de Lisboa: Análisis y perspectivas*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, 133.

en el texto de la Constitución Europea²⁶⁸ pero seguía siendo *La Carta* la que se utilizaba en las instancias ejecutivas y en las jurisdiccionales.

Dada la importancia que emana de La Carta para este estudio se tratará de manera separada en un apartado posterior.

4.3.2.2 La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En el iter metodológico seguido procede considerar la doctrina contenida en La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; así en el Consejo Europeo celebrado en Colonia los días 3 y 4 de junio de 1999 se vio la necesidad de establecer una Carta de Derechos Fundamentales para poder poner de manifiesto la importancia y alcance de los mismos por lo que se creó un órgano ad hoc²⁶⁹ denominado Convención con la tarea de redactar un proyecto de La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁷⁰.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada por el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión durante la Cumbre Europea de Niza celebrada en diciembre del año 2.000²⁷¹. La Convención presentó el Proyecto final de la Carta el día 2 de octubre del año 2.000 y se debatió en Biarritz los días 13 y 14 de octubre de ese mismo año momento en el cual se emite su dictamen

²⁶⁸ Frustrada Constitución ya que no llegó a entrar en vigor.

²⁶⁹ Que es apropiado o está dispuesto especialmente para un fin.

²⁷⁰ "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea".
www.madrid.org/gema/fmm/monogra8.htm.

²⁷¹ "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea".
www.madrid.org/gema/fmm/monogra8.htm.

favorable permitiendo así que el 7 de diciembre de ese mismo año, durante el Consejo Europeo de Niza, la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo proclamaran La Carta de Derechos Fundamentales²⁷².

No otorga a los ciudadanos de la Unión Europea ningún derecho que no haya sido ya reconocido con anterioridad en Convenciones, Tratados, etcétera, por lo que se puede decir que la creación de este texto de derechos no responde a una necesidad nueva sino, a mi entender, a la necesidad de crear una recopilación de derechos para que estos no sean olvidados (y no quiero decir con ello que los Derechos Fundamentales sean olvidados sino que es necesario estar en continuo estudio y, por tanto, en continua normalización para que se apliquen como corresponde dadas muchas circunstancias. No está de más que los Derechos Humanos sean de nuevo recordados a los Estados).

Esta Carta, además, recopila todos los Derechos Fundamentales y cuando digo recopilación me refiero a la necesidad de unir derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales en un mismo texto normativo europeo.

La Carta está realizaba bajo *“la estructura tradicional de las declaraciones de derechos”*²⁷³ y está dirigida hacia cualquier persona

²⁷² Aunque no se introduce ninguna referencia a su valor vinculante.

²⁷³ Fernández Liesa, C. R., Díaz Barrado, C. M., Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria". (2008). *El tratado de Lisboa: Análisis y perspectivas*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, 145.

física o jurídica pero, en otros casos, está supeditada su aplicación a *“ostentar la nacionalidad de un Estado miembro”²⁷⁴*.

Lo que pretende el Tratado de Lisboa es potenciar los valores de la Unión Europea además de conceder el rango de derecho primario a la Carta de los Derechos Fundamentales; conserva los derechos ya existentes e introduce nuevos, garantizando las libertades y los principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales, cuyas disposiciones pasan a ser jurídicamente vinculantes²⁷⁵. Se trata de un instrumento cuya finalidad es reconocer formalmente y dar visibilidad al papel que desempeñan los Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión.

Es el 1 de diciembre de 2009 cuando la Carta de los Derechos Fundamentales pasa a ser jurídicamente vinculante. Según el artículo 6, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, *“la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”*. Por consiguiente, la Carta forma parte del Derecho primario de la Unión y, como tal, sirve de parámetro de referencia a la hora de examinar la validez del Derecho derivado y de las medidas nacionales (aunque solamente las adaptadas en aplicación de las normas de la Unión Europea).

²⁷⁴ Fernández Liesa, C. R., Díaz Barrado, C. M., Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria". (2008). *El tratado de Lisboa: Análisis y perspectivas*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, 145.

²⁷⁵ Conteniendo derechos civiles, políticos, económicos y sociales.

La mayoría de los derechos que reconoce se conceden a “toda persona”, independientemente de su nacionalidad o estatuto, sin embargo, algunos derechos solo se conceden a los ciudadanos (en particular, la mayoría de los derechos enumerados en el título V), mientras que otros se refieren únicamente a nacionales de terceros países (por ejemplo, el derecho de asilo) o a categorías específicas de personas (como los trabajadores).

El ámbito de aplicación material de la Carta se define de forma expresa en el artículo 51²⁷⁶, que establece que sus disposiciones están dirigidas únicamente a las instituciones y órganos de la Unión Europea, así como a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión. Es en este artículo dónde podemos decir que la Carta establece el límite que existe entre la aplicación de la misma y de las Constituciones Nacionales de cada Estado, es decir, la Carta únicamente vincula a los Estados cuando actúan aplicando el Derecho de la Unión no mermando así las competencias propias atribuidas a cada Estado por su Constitución Nacional²⁷⁷.

²⁷⁶ “1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los Principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión. 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados.”

²⁷⁷ Monereo Pérez, J.L. *Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico: Actualizado con las novedades introducidas por la ley 402007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social* (2008). Granada: Comares, 379.

Ya en su preámbulo el Tratado de Lisboa establece que se inspira en *“...los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho”*.

Importantísimo resulta para este estudio el artículo 1 bis del Tratado de Lisboa que establece: *“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos Humanos...”*; la Unión Europea está reconociendo aquí la importancia de valores como la dignidad, la libertad o la igualdad que, sin lugar a dudas, son valores clave en cualquier declaración de Derechos Humanos y, además, a su vez reconoce respeto a los Derechos Humanos.

Sin lugar a dudas el artículo más importante en esta materia es el artículo seis del Tratado que establece: 6.1 *“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea...la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados...”*; en este primer apartado el Tratado reconoce todo lo establecido en la Carta de Derechos Fundamentales y le otorga el mismo valor jurídico que a cualquier Tratado aprobado por la Unión Europea añadiendo valor a La Carta además, conforme a los apartados 6.2 *“La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos”* 6.3 *“Los Derechos Fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades*

Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales.”; se está dejando muy claro el Tratado que se obliga a los Estados a acoger los Derechos Fundamentales como principios generales del derecho europeo, es decir, les otorga una especial importancia a la hora de realizar cualquier acto y son base del ordenamiento jurídico Europeo.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea está compuesta por cincuenta y cuatro artículos que se agrupan en siete grandes Títulos y que se dividen en los siguientes: la dignidad (cinco artículos), que yo consideraría el sustrato de La Carta ya que, bajo ningún concepto, éste puede agredirse ni siquiera para poder así proteger cualquier otro derecho reconocido; la libertad (catorce artículos), recogiendo diferentes libertades de los individuos; la Igualdad (siete artículos), se recogen en esta Carta los principios generales de la Igualdad, es decir, no discriminación e Igualdad ante la Ley y todos los preceptos que de ellas se desprenden; la solidaridad (doce artículos), se puede decir que la mayoría de artículos que aparecen en esta parte de la Carta encuentran su razón de ser en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores; la ciudadanía (ocho artículos), y a los derechos de los ciudadanos que residen en la Unión Europea; la justicia (cuatro artículos), consagrando derechos tan importantes como la tutela judicial efectiva o la imparcialidad de los jueces y Disposiciones

Generales (cuatro artículos), que hace referencia al ámbito de aplicación, el alcance de los derechos que en la Carta se recogen, su nivel de protección,...

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene varias partes que podemos analizar, por un lado nos encontramos con derechos proclamados en la misma y que tienen fuerza jurídica vinculante, es decir, se han colocado en la Carta para que, efectivamente, se cumplan pero, por otro lado, nos encontramos con principios que se pueden considerar dispositivos, es decir, que dependen del poder de las partes²⁷⁸ para ejercitar dichos derechos.

Se puede dividir La Carta en distintas partes:

1. Los títulos del I al III y el VI: Son los que refieren a la dignidad, la libertad, la Igualdad y la justicia. Estos derechos y principios se consagran en La Carta de modo imperativo y la causa es obvia, la mayoría de ellos se inspiran en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en Convenio Internacionales suscritos por la mayoría o la práctica totalidad de los Estados Miembros en disposiciones de los Tratados comunitarios o en principios generales del ordenamiento comunitario. Estos títulos son los que protegen los derechos de primera generación (en estos títulos se regulan dignidad, libertad, Igualdad y la justicia).

²⁷⁸ En este caso los Estados parte.

2. El título IV: Los derechos aparecen aquí de modo mucho más difuso (en este título se regula la solidaridad). Este es el título que resulta más interesante para mi estudio ya que es en él donde, de nuevo, se prioriza el derecho a la Seguridad Social como un Derecho Fundamental; así lo recoge el artículo 34 de La Carta que dice: *“La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*: *“1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales.”*

3. El título V: Es el que recoge los derechos inherentes a la ciudadanía.

Es verdad que lo que hace La Carta no es más que reunir una serie de derechos que en la gran mayoría de los casos (excepto en el caso de Reino Unido), ya son derechos de mínimo consagrados en los ordenamientos jurídicos internos pero, no obstante, no está de más que se vuelva a regular y reiterar; los Derechos Humanos nunca son, en mi opinión, suficientemente regulados y defendidos.

Si nos basamos en los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se puede realizar un esquema basado en lo que la Carta reconoce, así pues, se pueden dividir en las siguientes categorías:

1. La Dignidad (Título I): La dignidad (recogida en el artículo 1 de La Carta), de las personas no es únicamente un Derecho Fundamental sino que, a su vez, es la base de todos y cada uno de los Derechos Fundamentales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁷⁹ ya consagraba en su preámbulo la dignidad humana con la siguiente afirmación "...Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.". El Tribunal de Justicia,

²⁷⁹ En 1948.

el 9 de octubre de 2001, en su sentencia sobre el asunto C-377/98²⁸⁰, confirmó que el Derecho Fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión. De todo ello se puede entender que ninguno de los derechos que aparecen en La Carta puede llegar a atentar bajo ningún concepto o circunstancia contra la dignidad de otras personas y que la dignidad es una de las bases fundamentales de La Carta. Se podría decir que es la base de La Carta en esencia²⁸¹.

El derecho a la vida viene regulado en La Carta y se lo reconoce "...a toda persona", estableciendo que será protegido por ley, sentando la base este artículo en la abolición de la pena de muerte y a la ejecución de las personas prohibiendo explícitamente la prohibición de la imposición de dicha pena, aunque, si bien es cierto, establece la posibilidad de que cualquier Estado pueda preveer esta pena en los casos de guerra.

En el caso de la integridad física de las personas es necesario volver a la Sentencia del Tribunal de Justicia C-377/98 en la que confirmó que el Derecho Fundamental a la integridad de la persona forma parte del Derecho de la Unión y comprende, en el ámbito de

²⁸⁰ Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo, Rec. 2001, p. I-7079, apartados 70 a 77

²⁸¹ Explicaciones sobre La Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02). Las explicaciones fueron elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Han sido actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención (en particular, los artículos 51 y 52) y de la evolución del Derecho de la Unión. Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta.

la medicina y de la biología, el consentimiento prestado libremente y con conocimiento de causa por el donante y el receptor²⁸².

Se prohíben, igualmente, la tortura, los tratos inhumanos y degradantes, la esclavitud y el trabajo forzado

2. Libertades (Título II): Regulando la libertad de las personas²⁸³, respeto de la vida privada y familiar, la protección de datos de carácter personal, derecho a contraer matrimonio y formar una familia, libertad de pensamiento, conciencia, religión, expresión e información, reunión y asociación, artes y ciencias, educación, profesional, derecho a trabajar, derecho a crear empresa, derecho a la propiedad y derecho de asilo.

3. Igualdad (Título III): La Igualdad es uno de los principios generales del derecho que aparece en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia ha considerado un principio fundamental del Derecho Comunitario²⁸⁴. Basándose en la Igualdad se establecen la no discriminación, la Igualdad entre hombres y mujeres, los derechos del niño, los derechos de las personas mayores y la integración de los discapacitados.

²⁸² Prohibiendo explícitamente la clonación de las personas.

²⁸³ Salvo en el caso de los penados que estén cumpliendo condena.

²⁸⁴ Sentencia de 13 de noviembre de 1984, Racke, asunto 283/83; sentencia de 17 de abril de 1997, asunto C-15/95, EARL, , y sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Karlsson.

4. Solidaridad (Título IV): Recoge derechos tan importantes como la información y consulta de los trabajadores, el derecho de negociación y acción colectiva, derecho de acceso a los servicios de colocación, protección en caso de despido injustificado, condiciones de trabajo justas y equitativas, prohibición de trabajo infantil y protección de la juventud en el trabajo, vida familiar y profesional²⁸⁵. En este punto llegamos al artículo 34 de La Carta que refiere al derecho a la Seguridad Social y a la ayuda social²⁸⁶, salud, medio ambiente y protección al consumidor.

5. Ciudadanía (Título V): Derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales, derecho a una buena administración, derecho de acceso a los documentos, Defensor del Pueblo Europeo, derecho de petición, libertad de circulación y de residencia, protección diplomática y consular.

6. Justicia (Título VI): Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, presunción de inocencia y derechos de la defensa, principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito.

²⁸⁵ Conciliación.

²⁸⁶ Que trataré en el siguiente capítulo del presente trabajo.

7. Disposiciones Generales

A partir de aquí se hace necesario realizar un estudio sobre la aplicación de La Carta en nuestro ordenamiento interno, es decir, la aplicación que le dan los órganos judiciales españoles a la misma. Se debe resaltar el trato privilegiado que otorga el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la poca importancia que le ha estado otorgando durante años a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea incluso para citarla antes de su vigencia cuando algunos Tribunales nacionales ya hacían mención a la misma; el uso de la Carta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea era escaso incluso después de la vigencia de la misma a partir del año 2009 por lo que se puede decir que la Carta no ha mejorado la protección de los Derechos Fundamentales de manera eficaz por lo que falta saber qué va a hacer el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras la vigencia del Tratado de Lisboa en lo que a derechos sociales se refiere, así, hay que ver si le ofrece la protección que se merecen como derechos que son o, por el contrario, los trata como principios²⁸⁷.

En lo que se refiere al Tribunal Constitucional ha seguido la línea europea general “...con el objeto de evitar ciertas contradicciones puntuales”, es decir, es función de los Tribunales Constitucionales de cada Estado y son los que deben aplicar los derechos sociales

²⁸⁷ Jimena Quesada, L. (2014). La consagración de los Derechos Fundamentales: De principios generales a texto fundacional de la unión europea. *Cuadernos Europeos De Deusto*, (50), 173-197.

contenidos en la Carta independientemente de las interpretaciones que haga el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consiguiendo un *pluralismo jurídico capaz de reflejar una estructura política plural que permite soluciones conciliables y comparables*²⁸⁸.

Hay que destacar que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea alcanza *al máximo el nivel jerárquico-normativo como parte integrante de los Textos fundacionales*; por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debería contribuir a fortalecer la *armonización normativa* teniendo en cuenta las interpretaciones de otros órganos (incluidos los de carácter nacional), siempre que sirvan para favorecer la vigencia de los Derechos Humanos²⁸⁹.

4.3.2.3 La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores fue adoptada en el año 1989 y su carácter principal es que establece los principios sobre los que pasará a basarse el modelo europeo de derecho laboral aunque es de destacar que no posee carácter vinculante.

²⁸⁸Jimena Quesada, L. (2014). La consagración de los Derechos Fundamentales: De principios generales a texto fundacional de la unión europea. *Cuadernos Europeos De Deusto*, (50), 173-197.

²⁸⁹Ibid., pp. 173-197.

Esta *Carta* se elaboró bajo la necesidad de fomentar la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores la Unión Europea intentando equiparar las vidas de los mismos al progreso de la sociedad.

La citada *Carta* se aplicará en los siguientes ámbitos:

1. La libre circulación de los trabajadores.
2. El empleo y las retribuciones,
3. La mejora de las condiciones de trabajo,
4. La protección social,
5. La libertad de asociación y de negociación colectiva,
6. La formación profesional,
7. La igualdad de trato entre hombres y mujeres,
8. La información, la consulta y la participación de los trabajadores,
9. La protección de la salud y de la seguridad en el trabajo,
10. La protección de los niños, los adolescentes, las personas de edad avanzada y las personas con discapacidad.

Esta *Carta* supuso que los derechos sociales en ella reconocidos representaran el conjunto de principios mínimos comunes a todos los Estados miembros de la Unión Europea en lo que a este ámbito se refiere; Las disposiciones de esta *Carta*, además, fueron retomadas tanto en el Tratado de Lisboa como en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, aunque hay que recalcar aquí que

dicha *Carta* no vincula directamente a España ni a los demás Estados en sus mandatos.

4.4 El Derecho Internacional y la Constitución Española.

Se debe señalar que quizá no está clara la posición del Derecho Internacional General en el sistema de producción de fuentes del Derecho español; la Constitución Española no lo establece de forma expresa, ahora bien, sí se han ocupado de ellos los expertos en Derecho Internacional. La integración en España de organismos o instituciones internacionales hace que los Convenios, Tratados, Pactos,..., se conviertan en una fuente de producción de normas que tienen su impacto en el ordenamiento interno; los Tratados Internacionales están contemplados en el Capítulo III (de los Tratados Internacionales), del Título III (de las Cortes Generales), de la Constitución Española.

El artículo 10.2 de la Constitución Española ya establece que *“Las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*; la asunción de este mandato por parte de los poderes públicos es fundamental para que, efectivamente, nuestro sistema de derechos evolucione; es cierto que el artículo 10.2 de la Constitución Española

no hace más que presentarnos los que después, en el artículo 96.1 de la misma, volverá a establecer de un modo semejante si bien es cierto que el primero *contribuye a enfatizar la vinculación del Derecho interno al Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos*²⁹⁰.

El artículo 10.2 de la Constitución Española otorga una *nueva y distinta eficacia* a los instrumentos internacionales otorgándoles operatividad a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos como *canon de interpretación de los derechos y libertades incluidos en la Constitución Española*²⁹¹.

Se podría decir que el artículo 10.2 de la Constitución Española es la vía indicada para que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos entre a formar parte del derecho interno español o, dicho de otro modo, este artículo sirve de puente que conecta e interrelaciona el ordenamiento jurídico español con el ordenamiento jurídico internacional²⁹².

El artículo 93 de la C.E establece que *“Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento*

²⁹⁰Cuenca Gómez, P. (2012). La incidencia del derecho internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno: La interpretación del artículo 10.2 de la constitución española. *Revista De Estudios Jurídicos*, (12), 79-106.

²⁹¹Mangas Martín, A. (1980). Cuestiones de derecho internacional público en la constitución española de 1978. *Revista De La Facultad De Derecho De La Universidad Complutense*, (61), 143-184.

²⁹²Cuenca Gómez, P. (2012). La incidencia del derecho internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno: La interpretación del artículo 10.2 de la constitución española. *Revista De Estudios Jurídicos*, (12), 79-106.

de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.”; tanto la adhesión de España a la Comunidad Europea como la ratificación del Acta Única Europea, por ejemplo, fueron autorizadas por la vía del artículo 93 de la Constitución Española; el Tribunal Constitucional ha establecido en varias ocasiones²⁹³ que dicho artículo constitucional es el fundamento del Derecho Comunitario en España, ahora bien, eso no supone que la infracción de ese derecho por parte de nuestra legislación interna establezca que nuestras normas sean inconstitucionales porque ello supondría que permitiríamos reformar la Constitución a través del mecanismo previsto en el artículo 93 de la misma, obviamente, pensado para otro fin totalmente distinto de este²⁹⁴. Este artículo, además, establece el procedimiento de votación para que los Tratados comunitarios se conviertan en Ley Orgánica mediante mayoría absoluta lo que supone la aceptación de *los plenos efectos de las normas comunitarias... y produce la atribución del ejercicio de derechos de soberanía a fin de lograr la Unión Política*²⁹⁵. No se debe dejar de lado el artículo 94 de la Constitución Española, ya que es el que establece cómo se va a realizar esa trasposición del Derecho Internacional al Derecho español y, así, establece que: *“1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de Tratados o Convenios requerirá la previa autorización de las Cortes*

²⁹³ SSTC 28/1991 de 14 de febrero y 64/1991 de 22 de marzo.

²⁹⁴ Rubio Llorente, F. (1992). La constitución española y el tratado de Maastricht. *Revista Española De Derecho Constitucional*, 12(36), 253-265.

²⁹⁵ Mangas Martín, A. (1992). Los tratados internacionales (artículos 93 a 96 de la CE): Especial referencia a la ciudadanía europea. *Revista De Derecho Político*, (36), 419-438.

Generales, en los siguientes casos: Tratados de carácter político, Tratados o Convenios de carácter militar, Tratados o Convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I, Tratados o Convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, Tratados o Convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes Tratados o Convenios.”

Es la propia Constitución Española la que establece el modo en el que se deberá actuar en caso de que exista un problema de aplicación de la norma internacional por tratarse de algo contrario a nuestra propia Constitución Española; el artículo 95 establece que *“1.La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.”*

Es el artículo 96 de la Constitución Española el que establece cuándo y en qué modo pasarán a tener validez las normas internacionales dentro de nuestro ordenamiento jurídico estableciendo que *“1.Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez 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. 2. Para la denuncia de los Tratados y Convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.”

Se puede hablar de dos tipos de Derecho Internacional totalmente diferenciados:

1. El Derecho Internacional General, o Derecho Internacional Consuetudinario (customary international law). La Constitución Española cita las “normas generales del Derecho Internacional” como las que se aplicarán para derogar, modificar o suspender la aplicación de los Tratados, cuando no esté previsto en los mismos. Estas son las normas generales de relación entre los Estados, que deben respetar y cumplir, ya que la propia condición de sujeto de Derecho Internacional determina ipso facto la obligación de observar dicho Derecho General. La Constitución Española no da una fórmula de reconocimiento expreso de este Derecho dentro de nuestro ordenamiento jurídico; La recepción del derecho se realiza a través de una norma constitucional *implícita relativa* a la adaptación automática del ordenamiento jurídico interno al Derecho Internacional consuetudinario²⁹⁶.

²⁹⁶ Marín López, A. (1999). Orden jurídico internacional y constitución española. *Revista De Derecho Político*, (45), 35-67.

2. El Derecho Internacional Convencional (conventional international law). Estos son los acuerdos o Tratados, normalmente escritos, realizados entre Estados, capaces de crear derechos y obligaciones legales; la Constitución Española si recoge una serie de preceptos sobre este²⁹⁷.

No se debe olvidar que la Constitución Española también hace referencia a los Tratados Internacionales en su artículo 10, donde establece: *“1.La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2.Las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.”*

No es necesario realizar aquí la distinción entre los Derechos Humanos (emanados del Derecho Internacional), y los Derechos Fundamentales (emanados del derecho interno), pues bien, hay que destacar que la justiciabilidad no es un *componente necesario del concepto de Derechos Humanos pero sí de Derechos Fundamentales*, por lo que, la mayor parte de la doctrina defiende que los derechos sociales no son Derechos Fundamentales justo por esta diferencia marcada entre los

²⁹⁷ Marín López, A. (1999). Orden jurídico internacional y constitución española. *Revista De Derecho Político*, (45), 35-67.

dos tipos de derechos mencionados, por lo que el principio de indivisibilidad no puede llegar a operar entre ellos desde el momento en el que estamos reconociendo su pertenencia a dos grupos de derechos totalmente diferenciados si bien es cierto que el artículo 10.2 de la Constitución Española establece una interpretación de los mismos conforme al Derecho Internacional en general y en función de la Declaración de los Derechos Humanos y a los Tratados Internacionales en particular por lo que, a partir de lo establecido en dicho artículo, está exhortando a la justiciabilidad de los mismos, cuanto menos, en el contenido mínimo o esencial de los mismos²⁹⁸.

En el proceso conducente a la conclusión de los Tratados Internacionales y a su adopción por el Derecho español, se ha de producir por un lado la intervención del Rey (manifiesta el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de Tratados concluidos de forma solemne); y la publicación del tratado internacional concluido.

En el proceso conducente a la conclusión de los Tratados Internacionales y a su adopción por el Derecho español, se ha de producir por un lado la intervención del Rey (manifiesta el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de Tratados concluidos de forma solemne); y la publicación del tratado internacional concluido.

²⁹⁸Escobar Roca, G. (2012). Indivisibilidad y derechos sociales: De la declaración universal a la constitución. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (2), 47-61.

Para la conclusión de los Tratados Internacionales y su adopción en el ordenamiento jurídico interno español hay que referirse a dos actos adicionales: la intervención del Rey y la publicación.

En cuanto a la intervención del Rey, es a éste a quien le corresponde “manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de Tratados” Constitución Española 63.2, una vez que las Cortes, en su caso, hayan prestado el consentimiento. Pero esta manifestación es necesaria sólo en aquellos TI que, aunque exijan autorización de las Cortes, sean concluidos de manera solemne, y no mediante un mero intercambio de notas entre los Ministerios de Asuntos Exteriores.

Después de perfeccionado o concluido el Tratado Internacional se produce la publicación. Con la publicación se recepciona el Derecho Internacional Convencional en el Derecho interno español.

Los Tratados Internacionales son obligatorios en cuanto a las relaciones internacionales desde que entren en vigor, esto es, desde que las partes lo acuerden. Pero no son aplicables internamente hasta que se publiquen oficialmente.

4.5 Los Tratados Internacionales tras la Ley 25/2014.

Es muy importante hablar en este momento de la Ley de Tratados Internacionales²⁹⁹ ya que se convierte en la base de las normas que

²⁹⁹La Ley 25/2014 de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales

serán de aplicación directa o indirecta en España y de la validez de las mismas y, en concreto, sobre la aplicación en el ámbito interno de los Tratados Internacionales en materia social y, por ende, en materia de Seguridad Social que es el tema que me ocupa; España se encuentra vinculada a los Tratados Internacionales, ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con los Tratados de la Unión Europea estos no *implican una cesión de soberanía en términos amplios* y se encuentran regulados por los artículos 95³⁰⁰ y 96³⁰¹ de la Constitución por lo que dichos Tratados tienen una *eficacia infraconstitucional pues no prevalecen frente a la Constitución pero sí...tienen eficacia supralegal*, es decir, sí prevalecen *sobre la legislación ordinaria estatal*³⁰².

Por un lado contamos con la definición dada de Tratado por el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena de 1969 que lo define como “*Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”; por otro la definición dada por el artículo 2.b) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, establece que los Tratados son “*Acuerdos de carácter internacional no constitutivo de tratado que se*

³⁰⁰ “1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.”

³⁰¹ “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez 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.2. Para la denuncia de los tratados y Convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.”

³⁰² Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

celebra por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho Internacional competentes por razón de la materia, cuya celebración está prevista en el tratado que ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el Derecho Internacional. No constituye acuerdo internacional administrativo el celebrado por esos mismos órganos, organismos o entes cuando se rige por un ordenamiento jurídico interno”.

Se puede entender que lo que el legislador pretende con este tipo de normas es evitar, de modo alguno, el trámite de aprobación previo a *la manifestación del consentimiento del Estado* para, así, poder reducir el tiempo de espera y evitar que ciertos Tratados queden sin celebrarse por problemas burocráticos o *negociaciones políticas* infructíferas³⁰³.

La norma que regulaba anteriormente el Derecho de los Tratados era el Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales; durante su vigencia consiguió establecer un orden lógico entre el ordenamiento jurídico interno y las exigencias que el Derecho Internacional planteaba en función de los Tratados Internacionales pero la norma era preconstitucional lo que, a partir de 1978, se convirtió en

³⁰³Abugattas, G. (2015). Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales [BOE n.º 288, de 28-XI-2014]: Acuerdos internacionales administrativos y acuerdos interinstitucionales: Comentario a las regulaciones española, mexicana y peruana. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea e Iberoamericana De Pensamiento y Análisis De Derecho, Ciencia Política y Criminología*, 3(1), 257-261.

una norma con escasa eficacia frente a lo establecido en nuestra Carta Magna³⁰⁴.

La Ley que regula los Tratados Internacionales en la actualidad es la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales; el contenido de esta nueva norma en materia de Tratados hace referencia a la celebración, publicación, registro, aplicación, enmienda, denuncia y suspensión de los Tratados (como se puede apreciar se trata de una norma que regula todas las situaciones que pueden producirse en nuestro ordenamiento jurídico interno a raíz de la aprobación de un Tratado Internacional), y, además, sigue con las pautas ya establecidas en su día por la Convención de Viena de 1969³⁰⁵.

Como hemos visto hasta ahora el derecho a la Seguridad Social en España no es *un sistema de regulación social autosuficiente*³⁰⁶ que se deja entrever en tres cuestiones fundamentales: primero, *la influencia de la aplicación de la Constitución en muchas cuestiones concretas*, segundo, *la influencia de las normas de la Unión Europea* y, por último, *la remisión a las normas comunes, en concreto al Código Civil*³⁰⁷. Hasta este punto de mi tesis ha quedado claro y demostrado que el derecho a la Seguridad Social se encuentra enmarcado dentro del ordenamiento jurídico laboral que, a su vez, se encuentra englobado dentro de

³⁰⁴Gallego Hernández, A. C. (2015). La ley española de tratados de 2014. *Anuario De Derecho Internacional*, (31), 193-240.

³⁰⁵Ibid., pp. 193-240.

³⁰⁶Alfonso Mellado, C. L. (2015). La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (12), 13-33.

³⁰⁷Ibid., pp. 13-33.

nuestro ordenamiento jurídico interno *estructurado a partir de la Constitución*³⁰⁸. Se debe destacar que los mandatos internacionales que van encaminados a regular los derechos sociales no van a imponerse en el ordenamiento interno sin la colaboración efectiva del Estado³⁰⁹, es decir, una vez más se depende del interés del legislador en la materia y las posibilidades (económicas y políticas), del Estado en el momento de la aplicación de la recomendación que se haga a través de las normas internacionales; los Estados, en muchas ocasiones, son conscientes de la necesidad del cumplimiento de dicha recomendación o mandato pero dependen en gran medida de las posibilidades de cumplimiento de la misma y en grandes periodos de crisis económica o política la aplicación en el ordenamiento jurídico interno se convierte en un deseo y no en una realidad factible.

Cierto es que las normas internacionales que tienen efecto vinculante son de obligado cumplimiento para el Estado que las ratifica o que pertenece a cierta organización de carácter internacional (o incluso europeo en nuestro caso), como ya se ha visto en epígrafes anteriores, ahora bien, también es cierto que los niveles de control y sanción en caso de incumplimiento de las mismas son escasos o inadecuados y que, por tanto, los Estados que las incumplan, en muchos casos, únicamente se ven sometidas a una sanción de tipo administrativo que no va a suponerles un agravio excesivo.

³⁰⁸Alfonso Mellado, C. L. (2015). La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (12), 13-33.

³⁰⁹Ibid., pp. 13-33.

Es importante remarcar lo que establecen los artículos 28 y 31 de la Ley 25/2014 en referencia a la validez y aplicabilidad de los Tratados Internacionales; el artículo 28 establece que: “1. *Las disposiciones de los Tratados Internacionales válidamente celebrados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional.* 2. *Los Tratados Internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente producirán efectos en España desde la fecha que el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor.*, es decir, el único modo que el Estado puede derogar, modificar o suspender lo establecido en los Tratados Internacionales *válidamente celebrados* será a través de los mecanismos que los propios Tratados establezcan de modo que quedan obligados a cumplir los trámites que los mismos regulan; por otro lado el artículo 28 de la citada ley, en su apartado segundo, recuerda que los *Tratados Internacionales válidamente celebrados...serán para España vinculantes desde el momento que el Tratado establezca o a partir de la fecha de su entrada en vigor.*

Mucho va a depender la aplicación de los Tratados Internacionales de la aplicación que hagan de los mismos los órganos internos del Estado como, por ejemplo, los Tribunales; la utilización de estas herramientas por parte de estos garantizará en gran medida su grado de aplicación y efectividad, de modo que, *salvo que de las normas constitucionales aplicables se desprenda otra cosa, el órgano judicial interno debe*

aplicar el tratado o norma internacional de forma preferente a las normas internas, incluso las de rango legal³¹⁰.” ; y así lo establece el artículo 31 de la Ley 25/2014 cuando dice: “Las normas jurídicas contenidas en los Tratados Internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

La propia Ley, en su artículo 29, deja un mandato claro a los poderes público y, por ende, al Estado cuando establece que *“Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los Tratados Internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados”*

Los Tratados Internacionales son, por tanto, vinculantes siempre que se cumplan los trámites necesarios establecidos por ellos mismos además de convertirse en herramientas jurídicas eficaces³¹¹.

Los Tratados Internacionales en materia social se ratifican conforme a lo establecido en los artículos 95³¹² y 96³¹³ de la Constitución Española

³¹⁰ Alfonso Mellado, C.L (2015). La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (12), 13-33.

³¹¹ *Ibid.*, pp. 13-33.

³¹² “1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”.

³¹³ “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez 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. 2. Para la denuncia de los

lo que supone que los mismos tendrán una eficacia *infraconstitucional*³¹⁴, es decir, deja claro el artículo 95 que todos aquellos Tratados Internacionales que *contenga estipulaciones contrarias a la Constitución* exigirá una revisión de la misma antes de llegar a ser efectivos y vinculantes para nuestro ordenamiento jurídico. Los Tratados Internacionales vienen provistos de herramientas de aplicación directa establecidos, directamente, en cada uno de los Tratados aunque es cierto que, dichos instrumentos o herramientas, en algunos casos no son suficiente para dotar a los Tratados de la aplicabilidad pretendida; siguiendo la tesis Alfonso Mellado en la revista "Trabajo y Derecho"³¹⁵ esto se debe a varias razones entre las que destaca las tres siguientes:

1. *La admisión de las reclamaciones por parte de particulares o por asociaciones, organizaciones sindicales y empresas, etc., requiere cierta conformidad del Estado.*
2. *Las vías de aplicación por los órganos aplicativos de los tratados no suelen ser muy rápidas...ya que al exigir el*

tratados y Convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94".

³¹⁴ Alfonso Mellado, C.L. (2015). La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (12), 13-33.

³¹⁵ En su número 12 perteneciente a la publicación de diciembre de 2015.

*agotamiento de las vías internas produce una gran demora en la solución internacional*³¹⁶.

3. *Las decisiones que se pueden adoptar a través de los órganos aplicativos de los tratados son escasamente coactivas.*

Por otro lado debemos otorgarle importancia a los Tratados Internacionales *como elemento esencial de interpretación de los derechos constitucionales conforme al artículo 10.2*³¹⁷ *de la Constitución*³¹⁸; claramente el artículo enuncia que todo aquello relacionado con los Derechos Fundamentales deberá interpretarse conforme a la Constitución y que se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y nombra, expresamente, tanto a los Tratados Internacionales como a los Acuerdos siempre y cuando éstos hayan sido ratificados por España pero éstos van a servir para clarificar el contenido del derecho en sí pero no para sustituir ni suprimir las reglas constitucionales³¹⁹, es decir, el derecho ha de estar primero reconocido en la Constitución como tal.

³¹⁶ Con la aclaración realizada por el Catedrático en Derecho del Trabajo Carlos L. Alfonso Mellado en la misma publicación en relación a la Carta Social Europea que está provista de procedimientos de reclamaciones colectivas que permiten el acceso al Comité Europeo de Derechos Sociales sin necesidad de agotar, previamente, las vías internas.

³¹⁷ *“Las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.*

³¹⁸ Alfonso Mellado, C.L. (2015). La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (12), 13-33.

³¹⁹ *Ibid.*, pp. 13-33.

Uno de los principales problemas es establecer la aplicabilidad directa de los Tratados Internacionales directamente por los órganos judiciales internos; siguiendo, de nuevo, lo expuesto por el Catedrático en Derecho del Trabajo Carlos L. Alfonso Mellado en el número 12 de la revista "Trabajo y Derecho", *"...los Tratados Internacionales, una vez ratificados y publicados, son vinculantes en el Estado español, generan derechos y obligaciones para los ciudadanos y, por lo tanto, son directamente alegables ante los órganos jurisdiccionales y se deben aplicar por éstos. Esa es la única conclusión posible al amparo del artículo 96³²⁰ Constitución Española"*.

Para concluir tengo que decir que, lógicamente, existen similitudes entre la Ley 25/2014 y la Convención de 1969 son muy importantes tanto en los conceptos generales del Derecho de Tratados como en parte de la estructura o las denominaciones que aparecen en ambas llegando, en ocasiones, a reproducir literalmente ciertos contenidos y existiendo remisiones de la Ley a la Convención dejando claro que la finalidad de la Ley es, obviamente, desarrollar, coordinar y clarificar la relación de nuestro ordenamiento jurídico interno con los Tratados Internacionales y, aunque no aporta trascendentes o innovadoras ideas actualiza el texto preconstitucional del Decreto 801/1972, de 24 de marzo. Lo que, sin duda, puede aportar esta Ley es sistematizar la

³²⁰"1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez 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. 2. Para la denuncia de los tratados y Convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94".

práctica y aportar *mayor seguridad jurídica sobre la acción convencional a nivel interno* y que es un instrumento que, aunque no es innovador en sus formas y fondos de manera extensa, sí que es válido para *alcanzar mejores resultados desde la buena práctica*³²¹.

³²¹Gallego Hernández, A. C. (2015). La ley española de tratados de 2014. *Anuario De Derecho Internacional*, (31), 193-240.

5. EL RECONOCIMIENTO DE LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL: LOS TÉRMINOS EN LOS QUE SE REALIZA.

5.1 Introducción.

Una vez vistos todos los apartados introductorios sobre los Derechos Humanos en general y los Derechos Humanos Fundamentales Sociales en particular ha llegado el momento de justificar la razón de ser de este trabajo y, en concreto, de establecer los criterios base sobre los que me apoyo en lo que concierne al derecho a la Seguridad Social como Derecho Humano de segunda generación englobado dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Existen diversas normativas que justifican este estudio, así el derecho a la Seguridad Social viene fundamentado en los diversos textos normativos que he analizado hasta este momento; En efecto el derecho a la Seguridad Social aparece en los instrumentos y normas que a continuación se mencionan.

5.2 El Derecho a la Seguridad Social en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Esta declaración afirma que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos Económicos, Sociales y Culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

Es, sin duda alguna, la base de este trabajo y la mayor justificación que podemos encontrar de que el derecho a la Seguridad Social es un Derecho Humano reconocido y, como tal, no deja de aparecer en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; claro que aunque *toda persona* tiene derecho a la Seguridad Social y que será mediante *el esfuerzo nacional y la cooperación internacional*, es decir, bajo el trabajo del Estado correspondiente y de la comunidad internacional como los individuos obtendrán este derecho.

Es un derecho personal, como ya se vio anteriormente, pero ese derecho ha de estar garantizado y regulado por el Estado que, en nuestro caso, como Estado Social y Democrático de Derecho, tiene obligación de garantizar.

Es importante en la materia que me ocupa resaltar de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el carácter general y universal que la misma tiene; en ella se reconoce el derecho a la Seguridad

Social, como ya he mencionado en varias ocasiones, y establece el mismo como *el derecho de toda persona*, característica a tener en cuenta en este trabajo dado que, más adelante, podré fijarlo para determinar su grado de cumplimiento en cuanto a la Universalidad y la Igualdad del sistema se refiere y como fundamento de estos principios. La primera idea sobre la que tenemos que reflexionar es la idea de *“toda persona como miembro de la sociedad”*; teniendo en cuenta nuestro Código Civil y, en concreto, su artículo 30, que establece que *“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*, todo aquel que adquiera personalidad en los términos que el citado artículo establece tendrá derecho a la Seguridad Social y por tanto lo que, además, se establece en la segunda parte del artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos *“...la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”*.

Si continuamos con el desglose del artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos llegaremos al apartado donde establece que *“...a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada estado”*. Cuando se hace la siguiente afirmación queda clara la obligatoriedad a la que los Estados están sometidos para velar por el efectivo cumplimiento de este derecho inherente a la persona, (en este caso el derecho a la Seguridad Social), y, de hecho,

así se verá después reflejada dicha obligatoriedad en nuestra Constitución de 1978, pero también el carácter no absoluto que su condición.

Lo que, sin duda, hay que resaltar sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos es que, para la época, se trata de un texto *moderno y avanzado*, que fijó una serie de objetivos que, a día de hoy, no han sido alcanzados por muchas sociedades ya que se trata más de un compromiso moral de sus signatarios si bien es cierto que si tiene un carácter muy importante en materia interpretativa de los Derechos Humanos que en ella se reflejan³²².

5.3 El Derecho a la Seguridad Social en instrumentos no comunitarios.

5.3.1 El Derecho a la Seguridad Social en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El artículo 9 del Pacto establece que *Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social.*

Escueto es este artículo pero claro pues, de nuevo, se reconoce el derecho de todos los individuos (aquí no separa a los trabajadores de los que no lo son o lo han sido, al igual que la Declaración Universal de

³²²Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

los Derechos Humanos), a la Seguridad Social, aunque se diferencia esta del seguro social sin aclarar exactamente dónde radica la diferencia entre una y el otro.

5.3.2 El Derecho a la Seguridad Social en los Convenios de la OIT:

Convenio nº 102.

Los Convenios de la OIT (como ya se dijo en el apartado referido a la OIT), tienen como consecuencia, para los Estados que los ratifican, la necesidad de respetar las obligaciones en ellos incluidas. Los Tratados Internacionales tienen en España eficacia directa a tenor del artículo 96.1³²³ de la Constitución, es decir, una vez ratificados y publicados pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno. Ciertamente es que los Tratados *se sitúan por encima de las Leyes* (a tenor de lo establecido en los artículos 96.1 y 10.2 de la Constitución) por lo que queda claramente justificado que, en España, existe una primacía de los Tratados como fuente de derecho y su directa aplicación cuando no exista Ley reguladora o, incluso, cuando exista *contradicción* entre el ordenamiento jurídico interno y el Tratado. Es de destacar que España es uno de los países que más Convenios de la OIT ha suscrito hasta el momento³²⁴ lo que nos lleva a entender que existe una gran cantidad

³²³ “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez 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.”

³²⁴ Un total de 111.

de trasposición de mínimos pero hay que destacar que el papel de órganos judiciales en la aplicación de la norma es fundamental³²⁵.

En lo que se refiere a los Convenios de la OIT relativos a la Seguridad Social y su aplicación por el Tribunal Supremo hay que resaltar, por ejemplo, que el Convenio número 157³²⁶ de la OIT se utiliza por el Tribunal Supremo como mera cita aunque es cierto que, si hablamos del Convenio número 102 se ha aludido en numerosas ocasiones a él en relación a la *suficiencia de las prestaciones...* o para determinar *la evolución de determinadas pensiones por muerte o supervivencia o accidente de trabajo*³²⁷.

*La seguridad social es la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes del trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia*³²⁸; esta es la definición de Seguridad Social para la propia OIT, como se puede ver habla de la acción protectora del Estado hacia los individuos, recoge la asistencia sanitaria, desempleo y otras cuestiones reguladas ya por nuestro sistema.

³²⁵Falguera i Baró, M. À. (2016). La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la sala de lo social del tribunal supremo. algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 33-71.

³²⁶ Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982.

³²⁷Falguera i Baró, M. À. (2016). La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la sala de lo social del tribunal supremo. algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 33-71.

³²⁸http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

Ya he hablado de la consideración del derecho a la Seguridad Social como un Derecho Fundamental pero, además, como tal la definen los convenios de la OIT y los instrumentos de la ONU; en términos generales se trata de un sistema basado en cotizaciones que garantiza ciertas contingencias a lo largo de la vida de los individuos para, así, poder protegerlos en los momentos de mayor necesidad.

La Seguridad Social ha sido considerada como un derecho humano básico en la Declaración de Filadelfia de la OIT³²⁹ y en su Recomendación sobre la Seguridad de los medios de vida número 67; el derecho a la Seguridad Social está confirmado, como ya se ha visto, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales³³⁰.

Es obligatorio centrar ahora el estudio en el Convenio nº 102 de la OIT sobre Seguridad Social de 28 de junio de 1952, siendo dicho Convenio considerado como norma mínima en la materia, ratificado por España el 6 de octubre de 1988 y aceptándolo en sus partes II-IV y VI.

Haciendo una enumeración general de las prestaciones que en el citado Convenio aparecen podemos encontrar las siguientes:

- ✓ En la parte II establece las *Prestaciones Sanitarias*.

³²⁹ De 1944.

³³⁰ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

- ✓ En la parte III se establecen las obligaciones para los Estados que lo han ratificado en materia de *Prestaciones Monetarias por Enfermedad*
- ✓ En la parte IV se establece la *Prestación por Desempleo*
- ✓ En la parte V se establecen las *Prestaciones de Vejez*.
- ✓ En la parte VI se establecen las *Prestaciones por Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional*.
- ✓ En la parte VII se establecen las *Prestaciones Familiares*.
- ✓ En la parte VIII se establecen las *Prestaciones de Maternidad*.
- ✓ En la parte IX se establecen las *Prestaciones de Invalidez*.
- ✓ En la parte X se establecen las *Prestaciones de Sobrevivientes*.

Este Convenio ha supuesto una amplia transformación en las normas internacionales de Seguridad Social ya que introduce la idea de un nivel general de Seguridad Social que deben alcanzar todos los Estados miembros pero que, a su vez, corresponde al desarrollo económico y social de cada Estado. Es precisamente este Convenio el que marca el derecho mínimo en materia de Seguridad Social a los Estados que lo ratifiquen. Como se puede ver en la enumeración arriba mencionada, ya aparece el esquema de lo que hoy son las prestaciones sociales con las que contamos en nuestro sistema de Seguridad Social.

“El Convenio n° 102 de la OIT ha sido calificado como una de las fuentes de mayor influencia en la formación y desarrollo de la

*Seguridad Social de muchos países del mundo*³³¹”; puesto que ha consagrado una transformación profunda de las normas internacionales de Seguridad Social que deben alcanzar los Estados miembros y que corresponde al desarrollo económico y social de cada Estado. Se ha definido como *“un paso en el lento proceso de internacionalización de la Seguridad Social española al culminarse una larga etapa y colmarse, así, una significativa laguna que aborda un reto pendiente y continuamente aplazado de nuestro ordenamiento jurídico”*.

El Convenio se ha caracterizado como una norma eficaz, de objetivos y flexible³³²:

1. Eficaz: Porque dispone de mecanismos de control para su aplicación, recogidos en la parte XIV sobre disposiciones diversas.
2. De objetivos: Porque se desentiende de las técnicas utilizadas para su aplicación.
3. Flexible: Porque permite a los Estados elegir entre distintas fórmulas alternativas, aunque esta flexibilidad es sólo relativa pues opera dentro de unos límites preestablecidos por el propio Convenio.

³³¹ Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J., y Vílchez Porras, M. (2005). *Sistema de Seguridad Social* (7ª edición). Madrid: Tecnos, 58.

³³² *Ibid.*, p. 58.

Se pueden mencionar otros Convenios de la OIT relativos a materias de Seguridad Social como los siguientes³³³:

- Convenio número 2 relativo a desempleo³³⁴.
- Convenio número 8 sobre el derecho a indemnización de desempleo en caso de pérdida por naufragio³³⁵.
- Convenio número 12 sobre la indemnización por accidentes de trabajo en la agricultura³³⁶.
- Convenios número 17³³⁷ y 121³³⁸ sobre la indemnización por accidentes de trabajo.
- Convenio número 19³³⁹ relativo a la Igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales, en materia de indemnización por accidentes de trabajo.
- Convenio 24³⁴⁰ relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores de la industria, el comercio y el servicio doméstico.
- Convenio 25³⁴¹ relativo al seguro de enfermedad de los trabajadores agrícolas.

³³³ Las fechas de las ratificaciones por España han sido extraídas desde la propia página web de la OIT (www.ilo.es)

³³⁴ Ratificado por Ley de 13 de febrero de 1922; Gaceta número 196, de 15 de julio.

³³⁵ Ratificado por Decreto-ley de 29 de abril de 1924; Gaceta número 134, de 13 de mayo.

³³⁶ Ratificado por Decreto de 9 de mayo de 1931; Gaceta número 131, de 11 de mayo. Este Convenio fue objeto de revisión por el Convenio número 121, no ratificado hasta la fecha por España.

³³⁷ Ratificado por Decreto-ley de 24 de mayo de 1928; Gaceta número 147, de 26 de mayo. Este Convenio fue objeto de revisión por el Convenio número 121, no ratificado hasta la fecha, por España.

³³⁸ Instrumento de ratificación de 26 de febrero de 1990; BOE» número 18, de 21 de enero de 1991; corrección de erratas en BOE número 52, de 1 de marzo de 1991.

³³⁹ Ratificado por Decreto-ley de 24 de mayo de 1928; Gaceta número 147, de 26 de mayo.

³⁴⁰ Ratificado por Ley de 8 de abril de 1932; Gaceta número 105, de 14 de abril.

- Convenio número 42³⁴² relativo a la indemnización por enfermedades profesionales.
- Convenio número 44³⁴³ por el que se garantizan indemnizaciones y subsidios a los desempleados involuntarios.
- Convenio número 103³⁴⁴ relativo a la protección de la maternidad.
- Convenio número 118³⁴⁵ sobre Igualdad de trato.
- Convenio número 121³⁴⁶ sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.
- Convenio número 128³⁴⁷ sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes.
- Convenio número 130³⁴⁸ sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad.
- Convenio número 157³⁴⁹ sobre establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social.
- Convenio número 168³⁵⁰ sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo.

³⁴¹Ratificado por Decreto de 17 de noviembre de 1929; Gaceta número 337, de 3 de diciembre.

³⁴²Instrumento de ratificación de 26 de noviembre de 1971; BOE número 230, de 30 de noviembre de 1972.

³⁴³Instrumento de ratificación de 8 de abril de 1971; BOE número 120, de 19 de mayo de 1972.

³⁴⁴Instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1983; BOE número 283, de 26 de noviembre de 1984.

³⁴⁵Instrumento de ratificación de 15 de junio de 1989; BOE número 260, de 30 de octubre de 1989.

³⁴⁶No ratificado por España.

³⁴⁷No ratificado por España.

³⁴⁸No ratificado por España.

³⁴⁹Convenio sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social (Entrada en vigor: 11 septiembre 1986).

- Convenio número 183³⁵¹ sobre sobre la protección de la maternidad.

5.3.3 El Derecho a la Seguridad Social en La Carta Social Europea.

Es el artículo 12 de “La Carta” el que establece que *Para garantizar el ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social, las partes contratantes se comprometen:*

- 1. A establecer o mantener un régimen de Seguridad Social.*
- 2. A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social.*
- 3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social.*
- 4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir:*

³⁵⁰ No ratificado por España.

³⁵¹ No ratificado por España.

- a. *La Igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes.*

- b. *La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes.*

Mucho más amplio que la regulación que hemos visto en las anteriores normas es este artículo 12 que, además de reconocer el derecho a la Seguridad Social, establece una serie de obligaciones para los Estados parte que van a llevar al correcto cumplimiento de la obligación del reconocimiento, adaptación y protección del derecho a la Seguridad Social; así, obliga a los Estados a contar con un sistema de Seguridad Social de alto nivel conforme, como mínimo, a lo que la OIT³⁵² establece pero va más allá, no obligando únicamente a crearlo sino a ir acrecentándolo con el paso del tiempo tanto como sea necesario para

³⁵² Organización Internacional del Trabajo.

ir cubriendo todas aquellas situaciones que surjan en el sistema y estableciendo, además, una explícita obligación de proteger, igualmente, a todos aquellos trabajadores que no trabajen en el territorio nacional tanto antes, durante, como después de la prestación de sus servicios en dicho territorio; incluye pues el derecho de los trabajadores extranjeros, es decir, ya no habla únicamente de los nacionales del país obligado sino de todos aquellos que estén en sus fronteras.

5.4 Los instrumentos Europeos y la Seguridad Social.

5.4.1 Introducción.

La normativa comunitaria es fuente de la Seguridad Social, (y del resto de ramas de nuestro derecho), desde la entrada de España en la Comunidad Europea. El Derecho Comunitario está formado por el derecho originario, es decir, los Tratados Constitutivos, (Tratado de Roma y Tratado de Maastricht) y el derecho derivado que comprende los Reglamentos, las Directivas, los Dictámenes, las Recomendaciones y las Decisiones.

Desde la entrada de España en la Unión Europea las políticas sociales y comunitarias y las normas que nacen desde el seno de la Unión Europea se convierten, inevitablemente, en *referentes imprescindibles*

a tener en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el derecho español; se hace necesario recordar la primacía del ordenamiento de la Unión Europea sobre el ordenamiento español³⁵³.

“Si atendemos al artículo 48 del Tratado Fundacional se pretende la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios y la abolición de toda la discriminación basada en la nacionalidad entre los trabajadores³⁵⁴”. Las normas de Seguridad Social comunitarias son instrumentales para la efectividad del derecho a la libertad de circulación de trabajadores por lo que se les podría denominar normas de coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social; no estamos ante un sistema equivalente en lo que a Seguridad Social se refiere y, por tanto, estamos ante sistemas de prestaciones sociales propios de cada Estado sin haber llegado todavía a una igualdad en materia legislativa social, siendo ésta potestad de cada Estado concreto aunque con la coordinación por parte del Derecho Comunitario es preciso mencionar que el Tratado de la Constitución Europea reconoce el derecho a las prestaciones de Seguridad Social para todo aquel que resida y se desplace legalmente por la Unión Europea, (maternidad, enfermedad, accidentes laborales, dependencia, vejez, pérdida de empleo, protección de la salud). La función de la Unión Europea en materia de Seguridad Social es la coordinación y

³⁵³ Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

³⁵⁴ Blasco Lahoz, J. F., López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M. A. (2009). *Curso de Seguridad Social* (3ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 39.

armonización de sistemas de protección social entre los países miembros pero sin incidir en los propios sistemas nacionales.

El artículo 51 del Tratado de la Comunidad persigue la coordinación de los sistemas de Seguridad Social para solventar los problemas de protección social que pudieran derivar de la libre circulación de trabajadores; pues, como puesto ha de manifiesto la STJCE (hoy TJUE), de 7 de marzo de 1991, (Caso Masgio), no puede perjudicarse a quien optó por la libre circulación en el territorio comunitario por debajo de quien optó por un solo sistema de Seguridad Social, siendo éste el fundamento del artículo 51 del Tratado de Roma³⁵⁵.

Es cierto que la normativa europea ha supuesto un avance importante en lo que a derechos sociales se refiere, ahora bien, el desarrollo de estos se ha producido sobre los que se hayan regulado de manera expresa; debemos recordar que, actualmente, la crisis ha supuesto que los derechos sociales se hayan visto supeditados a ella de manera exagerada³⁵⁶.

El Reglamento tiene alcance general y es obligatorio siendo directamente aplicable a los Estados miembros, integrándose en el ordenamiento jurídico interno desde su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades sin que se haga necesario ningún acto de recepción y cabe destacar que entra en vigor desde la fecha que determine o, en su defecto, a los veinte días de su publicación.

³⁵⁵ Blasco Lahoz, J. F., López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M. A. (2009). *Curso de Seguridad Social* (3ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 39.

³⁵⁶ Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

Los Reglamentos comunitarios se han ocupado más que de crear un sistema de Seguridad Social común de conseguir que estos no supongan un obstáculo a la libre circulación de trabajadores, es decir, evitar que un trabajador se encuentre desprotegido por el hecho de haber trabajado en más de un país de la Unión.

Los principios en los que se basan los Reglamentos comunitarios son:

1. Principio de Igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad y la residencia.
2. Principio de totalización de los periodos de cotización cubiertos en distintos Estados miembros a efectos del nacimiento y conservación de los derechos a las prestaciones y del cálculo de las mismas.
3. Principio de prorrateo (*prorrata temporis*)³⁵⁷.
4. Principio de exportación de prestaciones a otros países donde el beneficiario decida fijar su residencia.
5. Principio de pensión única y reglas anticúmulo, (con algunas excepciones como funcionarios, desplazados, fronterizos, transportistas,...).

³⁵⁷ Prorrata temporis: Hace referencia al cálculo de las prestaciones con el prorrateo contado por el tiempo.

Sería de destacar el Reglamento 1408/1971 que resulta de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y a sus familias siempre que se desplacen dentro de la Comunidad, desarrollado por el Reglamento 574/1972, del Consejo, de 21 de marzo por el que se establecen las modalidades de aplicación de los Regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad (modificado por el Reglamento 118/1997, del Consejo, de 2 de diciembre de 1996; el Reglamentos 631/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004; y el Reglamento 647/2005, del Parlamento y del Consejo, de 13 de abril de 2005.

Lo que estas disposiciones tienen por objeto en lo que se refiere a los Estados miembro es lo siguiente:

1. La protección igualitaria de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia y funcionarios públicos o personal asimilado que se desplacen de forma no temporal en el territorio de los países de la Unión Europea.
2. Las contingencias, (enfermedad, accidente de trabajo, enfermedad profesional, maternidad, invalidez, vejez, supervivencia, indemnizaciones por defunción, desempleo y prestaciones familiares), y prestaciones contributivas y no contributivas en cualquier régimen de Seguridad Social, ya sean

generales, ya especiales, tengan carácter legal o sustitutivo, siempre que sean obligatorios.

En lo referente a las Directivas, tienen por objeto desarrollar la armonización, fijándose en principios generales de aplicación y dejando libertad al Estado para adoptar las vías que estime más convenientes para conseguir los objetivos de las mismas, pues sólo les obligan en cuanto al resultado que debe perseguirse.

Las Directivas más importantes en materia de Seguridad Social regulan temas tales como *derechos de trabajadores en caso de traspasos de empresas, igualdad de trato entre hombres y mujeres, protección de trabajadores en caso de insolvencia del empresario, mejora de la seguridad y salud en el trabajo, embarazo, igualdad de trato entre regímenes profesionales de la seguridad social o protección de la igualdad de las personas independientemente de su origen racial o étnico*. Son:

- Directiva del Consejo 77/1987/CEE, de 14 de febrero, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centro de actividades o de partes de centros de actividad, modificada por la Directiva 98/50/CE.

- Directiva del Consejo 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de Igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.
- Directiva del Consejo 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.
- Directiva del Consejo 86/378/CEE, de 24 de julio de 1984, relativa a la aplicación del principio de Igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social.
- Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia.
- Directiva 1986/378/CEE, de 24 de julio, sobre aplicación del principio de Igualdad de trato en los regímenes profesionales de la Seguridad Social.

- Directiva 1998/49/CE, de 29 de junio, sobre protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad.
- Directiva 2000/43/CE de aplicación del principio de Igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico.

Habiéndome referido hasta aquí a los actos vinculantes de la Unión Europea y siguiendo lo dispuesto en el artículo 288³⁵⁸ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Reglamentos, Directivas y Decisiones), se prevén en el mismo artículo como actos no vinculantes las Recomendaciones y los Dictámenes. La recomendación tiene por objeto promover determinados comportamientos de los Estados miembros y el dictamen es un acto jurídico a través del cual las instituciones de la Unión Europea expresan su parecer con respecto a un acto determinado³⁵⁹.

³⁵⁸ *“Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes”.*

³⁵⁹ Un amplio sector de la doctrina entiende que existiría un tercer sustrato de derecho complementario comprendido por determinadas normas jurídicas como los Acuerdos de asociación, Acuerdos de cooperación, Convenios entre Estados miembros, principios generales del derecho y la jurisprudencia del TJUE.

En este sentido, y dada su incidencia en la materia que inspira esta tesis, es de resaltar que el día 29 de abril del año en curso se publicó en el DOUE la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales que establece una serie de directrices en materia de derechos sociales para los Estados miembros de la Unión Europea. En el caso de este trabajo interesan, sobre todo: el artículo 3, que establece la igualdad de trato en materia de trabajo y protección social para todas las personas y el artículo 16, que establece el acceso a la asistencia sanitaria pública y de calidad para todas las personas. La Recomendación (UE) 2017/761, de 26 de abril, deja claro desde el principio que está destinada a *todas las personas* por lo que no diferencia entre nacionales y extranjeros, situación administrativa regular o irregular o ciudadanía.

En cuanto a la incidencia de esta Recomendación en nuestro ordenamiento jurídico, recordar que no crea derechos ni obligaciones sino que es una declaración de intenciones por parte de las instituciones de la Unión Europea cuyo objeto es orientar la política social por lo que no es obligatoria su acogida en nuestro ordenamiento jurídico y por lo que no alterará las normas relativas a Seguridad Social vigentes en nuestro sistema legal.

5.4.2 El Derecho a la Seguridad Social en La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

El artículo 34 de La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece que *“1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales.”*

En lo que se refiere al tema que me ocupa es de destacar el artículo 34³⁶⁰ de la Carta que hace referencia a la protección social y al artículo

³⁶⁰ *“1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de*

35³⁶¹ de la misma que hace referencia a la protección de la salud pero haciendo una lectura detallada de los mismos podemos ver como únicamente se hace una regulación *genérica* de dichos derechos y que, además, deben verse condicionados a la *legislación y prácticas internas de cada Estado*³⁶² en concreto y que, obviamente, éstas dependerán de la capacidad económica y material de los mismos que, sin lugar a dudas, se ha visto mermada a raíz de la crisis económica en la que estamos inmersos.

En este caso nos encontramos ante unas obligaciones diferentes, ya no solo hablamos del derecho a la Seguridad Social sino que, además, se comienzan a nombrar prestaciones específicas que deben estar garantizadas y ejemplifica con casos como la maternidad, enfermedad, accidentes laborales, desempleo o vejez (entre otras). Vuelve, como en el caso anterior, a ocuparse no solo de los nacionales del país sino, además, de todos aquellos *que residan o se desplace legalmente* y hace mención de nuevo a las prestaciones sociales no contributivas (de nuevo hace gala de ese carácter universal de las prestaciones que no solo han de proteger a los individuos que estén prestando sus servicios

pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.”

³⁶¹ “Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.”

³⁶² Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

a cualquier empresa, tanto pública como privada, en ese momento por lo que no es un derecho de carácter profesional).

En cuanto al punto 10 de *La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales*, establece que *Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a una protección social adecuada y, sea cual fuere su estatuto o la dimensión de la empresa en que trabaja, debe beneficiarse de niveles de prestaciones de Seguridad Social de nivel suficiente. Las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya sea por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y de recursos suficientes adaptados a su situación personal.*

Aquí se acota al titular del derecho, ya no hablamos de todos los individuos (como se venía haciendo hasta ahora en los anteriores artículos), sino que habla de todos los trabajadores de la Comunidad Europea, aunque aclara después que aquellos que no hayan podido *acceder a él* (el mercado de trabajo), *y que no dispongan de medios de subsistencia* también deben ser protegidos (en este caso se podría hablar, por ejemplo, de todas las prestaciones no contributivas³⁶³ que hay reflejadas en nuestro ordenamiento jurídico destinadas a la protección de todo este colectivo de personas); en este caso sí está contemplando un derecho profesional y, probablemente, responde a la

³⁶³ El concepto vendrá explicado en epígrafes sucesivos.

diferencia entre Seguridad Social y Seguro Social (al que aluden las normas internacionales).

Se hace necesario mencionar que la Carta de Derechos Sociales Fundamentales no es un *instrumento jurídico vinculante* ya que lo único que regula es el listado de las obligaciones morales y políticas de los Estados (a diferencia de lo que ocurre con la Carta de Derechos Fundamentales³⁶⁴).

Esta carta de Derechos Fundamentales es de carácter vinculante para España³⁶⁵.

5.5 El Derecho a la Seguridad Social en la Constitución Española de 1978.

El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece que *“toda sociedad en la que los Derechos Fundamentales no están establecidos ni la separación de poderes garantizada carece de Constitución”*, así pues, desde su origen, los Derechos Fundamentales forman parte de la noción de Constitución³⁶⁶ ya que una Constitución sin derechos no es tal del mismo modo que no hay Derechos Fundamentales sin Constitución y aunque el ordenamiento interno puede reconocer cuantos derechos

³⁶⁴ Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

³⁶⁵ *Ibid.* pp. 1-88.

³⁶⁶ Guerra Vaquero, A. Y. (2014). Universalidad de los Derechos Fundamentales, multiculturalismo y dignidad humana: Una aproximación desde la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli. *Anales De La Cátedra Francisco Suárez*, (48), 203-215.

subjetivos considere oportunos sólo los fundamentales son recogidos en la norma suprema del ordenamiento jurídico³⁶⁷. Esta es, sin duda, la base en la que se apoya nuestro ordenamiento jurídico para el estudio del derecho a la Seguridad Social.

En lo que a derechos sociales se refiere, podemos hablar de tres categorías bien diferenciadas por su posición y protección dentro de la Constitución Española y, por tanto, de nuestro ordenamiento jurídico³⁶⁸; así pues:

1. Derechos sociales con protección excepcional: Estos derechos disfrutan de la rigidez derivada del proceso de reforma extraordinario del artículo 168³⁶⁹ de la Constitución Española al que están sujetos y que, además, necesitan, al amparo del artículo 81.1³⁷⁰ de la Constitución Española, ser desarrollados a través de Ley Orgánica y son, además, susceptibles de respeto de su contenido esencial y de tutela a través de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por la vía del artículo

³⁶⁷ López Pina, A., Gutiérrez Gutiérrez, I. (2002). *Elementos de derecho público* (1ª edición) Marcial Pons, 99-103.

³⁶⁸ Gordillo Pérez, L. I. (2014). Derechos sociales y austeridad. *Lex Social*, 4(1), 34-57.

³⁶⁹ "1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación."

³⁷⁰ "1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los Derechos Fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución."

53³⁷¹ de la Constitución Española; son tales como el derecho a la educación³⁷², el derecho a la libre sindicación³⁷³ o el derecho a la huelga³⁷⁴.

2. Derechos sociales con protección ordinaria: Estos derechos solo gozan de la rigidez propia de la reforma ordinaria por la vía del artículo 167³⁷⁵ de la Constitución Española, se han de regular por ley y vinculan a los poderes públicos tal y como se extrae del artículo 53.1³⁷⁶ de la Constitución Española; son tales como el derecho (y deber), de trabajar³⁷⁷, el derecho a la negociación

³⁷¹ "1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los Principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los Principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen."

³⁷² Artículo 27.4 de la Constitución Española

³⁷³ Artículo 28.1 de la Constitución Española

³⁷⁴ Artículo 28.2 de la Constitución Española

³⁷⁵ "1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado. 2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras."

³⁷⁶ "1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)."

³⁷⁷ Artículo 35 de la Constitución Española

colectiva³⁷⁸ o el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo³⁷⁹.

3. Derechos sociales con protección mínima: Estos derechos (entre los que se encuentra el derecho objeto de mi estudio, el derecho a la Seguridad Social), a tenor de lo que establece para ellos el artículo 53.2 de la Constitución Española *“informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» aunque sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen”*; son tales como el derecho a un régimen público de Seguridad Social³⁸⁰, el derecho a la protección de la salud³⁸¹ o el derecho a una vivienda digna³⁸².

Es cierto que, en lo que al derecho que me ocupa se refiere y en función de la categoría en la que se halla inmerso dentro de la calificación anterior, tienen efectos muy pequeños, ahora bien, son susceptibles de entenderse como derechos de mínimos que, el legislador, debe respetar³⁸³.

El artículo 41 de la Constitución Española de 1978 es el pilar básico que regula nuestro sistema de Seguridad Social y, por tanto, será el artículo fundamental de este apartado aunque es cierto que no se

³⁷⁸ Artículo 37.1 de la Constitución Española

³⁷⁹ Artículo 37.2 de la Constitución Española

³⁸⁰ Artículo 41 de la Constitución Española

³⁸¹ Artículo 43.1 de la Constitución Española

³⁸² Artículo 47 de la Constitución Española

³⁸³ Gordillo Pérez, L. I. (2014). Derechos sociales y austeridad. *Lex Social*, 4(1), 34-57.

pueden dejar de lado otros artículos, como son el 43 y el 50, por la importancia que tiene al entenderse ligados al artículo 41 y ser, en mi opinión, una prolongación del mismo; así mismo se va a hacer necesario hacer mención en este apartado de los principios Rectores de la Seguridad Social que se derivan directamente del citado artículo 41 de nuestra Carta Magna³⁸⁴.

El artículo 41 de la Constitución Española establece que *Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*; claro queda que el artículo 41 obliga a los poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social y, en base al mismo, universal ya que establece que debe ser para *todos los ciudadanos* y, además, debe garantizar *la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*. Este mandato constitucional viene a complementarse con lo establecido en los artículos 49³⁸⁵ y 50³⁸⁶ de la misma³⁸⁷.

³⁸⁴Monereo Pérez, J.L. *Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico: Actualizado con las novedades introducidas por la ley 402007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social* (2008). Granada: Comares, 375.

³⁸⁵"Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos."

³⁸⁶"Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio."

Es el citado artículo el que establece esa obligatoriedad del Estado de velar por el derecho a la Seguridad Social del que ya he hablado anteriormente, lo más destacable de este artículo es, en primer lugar, que habla de un *régimen público de Seguridad Social*, es decir, está marcando ya una pauta clara que va en consonancia con un sistema público tal y como establece el Convenio nº102 de la OIT aunque sin perjuicio y con la aclaración de que, quién así lo desee³⁸⁸ podrá suscribir seguros privados complementarios al sistema de Seguridad Social público³⁸⁹.

Hay que decir que esa concreción que establece el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos viene dada, en nuestro caso, en este artículo constitucional que obliga a los poderes públicos a velar por ese régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que se verá plasmado en la *asistencia necesaria y en las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*, es decir, el Estado es el primer obligado a satisfacer las necesidades de los individuos de nuestro Estado en caso de encontrarse en situación de desamparo a causa de no poder gozar de ingresos por los cauces habituales del trabajo, siempre y cuando se encuentre encuadrado dentro de una de las situaciones protegidas por nuestro ordenamiento jurídico.

³⁸⁷ Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.

³⁸⁸ Cómo también analicé en puntos anteriores de este trabajo.

³⁸⁹ Borrajo Dacruz, E. "*La Seguridad Social en la Constitución Española*". "En AAVV, Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor García de Enterría". Madrid: Civitas, 1991. Tomo II.

“El derecho de la Seguridad Social es un ordenamiento complejo que presenta un cuadro de fuentes más de Derecho Público que de Derecho Privado; es un derecho más imperativo que el Derecho del Trabajo y de orden público y solo permitirá jugar a la autonomía individual y colectiva en los niveles complementarios³⁹⁰”; el derecho a la Seguridad Social, es un derecho que se basa en la obligatoriedad del Estado de velar por el cumplimiento de todos los preceptos que a él se refieren, no es una relación entre particulares (como puede ser un litigio en el derecho civil), aquí no cabe esa opción. El titular del derecho (persona afectada), debe ser atendido por el Estado como garante de este tipo de derechos, es decir, es el responsable último en cuanto al particular afectado. Este tipo de derecho únicamente permitirá que se den este tipo de litigios entre particulares en el caso de haber optado por el sistema complementario a la Seguridad Social. El sistema de Seguridad Social parte de la idea del “Estado Social” y a partir del modelo político denominado “Estado de Bienestar” que recoge nuestra Constitución en sus artículos 1 y 9.2 y que tendrá desarrollo, en lo referente al sistema de Seguridad Social, sobre todo, en su artículo 41. El sistema de Seguridad Social forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, como tal, ha de respetar la fuente por excelencia, es decir, la Constitución y, por tanto, ha de respetar los valores superiores del ordenamiento jurídico (libertad, justicia, igualdad

³⁹⁰ Blasco Lahoz, J. F., López Gandía, J., Momparler Carrasco, M. A. (2009). *Curso de Seguridad Social* (3ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 28.

y pluralismo político), consagrados en el propio artículo 1.1 de la Constitución³⁹¹.

Se hace imprescindible mencionar en este momento la STC 65/1987, de 21 de mayo de 1987, que establece que “... con base en el art. 41 Constitución Española, debiendo, por otra parte tenerse a cuenta el artículo 2º de la LGSS donde declara que «el Estado español garantiza... la protección adecuada a las contingencias y situaciones que esta Ley define». Dado el carácter obligatorio que, de hecho, el sistema de la Mutualidad de la Previsión no ha llegado nunca a perder, «el Estado tiene que soportar la totalidad del coste de la pensión reconocida».”; en este extracto de la STC 65/1987 se recalca por el Tribunal la obligatoriedad del Estado de garantizar la protección de las contingencias y las situaciones que la ley define amparándose en el mandato del artículo 41 Constitución Española “...es necesario tener en cuenta la configuración del sistema de Seguridad Social, y la naturaleza de sus prestaciones. A este respecto hay que recordar que, como ya ha señalado este Tribunal (STC 103/1983, de 22 de noviembre), la Seguridad Social se ha convertido en una función del Estado (fundamento jurídico 3). Efectivamente, el mandato contenido en el art. 41 de la Constitución dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad supone

³⁹¹ Artículo 1.1 de la Constitución Española: “España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias (fundamento jurídico 4). Si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional citado, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad -que habrán de ser precisadas en cada caso-...El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que éste se configure como un régimen legal...”; queda, claramente expuesto por parte del Tribunal Constitucional la obligación del Estado en materia de Seguridad Social y, en concreto, a garantizarla como obligatoriedad indiscutible para los Poderes públicos.

El sistema de Seguridad Social tiene su anclaje constitucional en el artículo 41 de la Constitución Española, que contiene un mandato dirigido al legislador ordinario que debe concretar las situaciones de necesidad, susceptibles de protección mediante la asistencia y prestaciones suficientes. Junto a un régimen de prestaciones de carácter público, el texto constitucional alude a las prestaciones complementarias de índole voluntaria que serán objeto de cobertura por entidades de naturaleza privada³⁹².

³⁹² Castro Argüelles, M. A., García Murcia, J., Martín Valverde, A. (2009). *Ley general de Seguridad Social: Comentada y con jurisprudencia*. Las Rozas Madrid: La Ley, 812.

El artículo 41 contiene una garantía institucional, es decir, el juicio de valores de las leyes que concretan los derechos de Seguridad Social debe entenderse teniendo en cuenta que el margen de actuación que posee el legislados es muy amplio sin que, sin embargo, sea posible revisar las decisiones legales si el sistema continúa conservando sus elementos esenciales y así lo dice la STC 213/2005, de 21 de julio.

En palabras del Tribunal Constitucional, el modelo diseñado en el artículo 41 de la Constitución Española *“es tan solo un modelo teórico que no desautoriza a un modelo de la Seguridad Social que descansa aún en buena parte sobre la consideración de las contingencias, de los eventos dañosos que puedan originar la protección que se dispense³⁹³”*, es decir, en realidad, el artículo 41 de la Constitución Española está, todavía, defendiendo un sistema de Seguridad Social que encamina la protección de las personas desde el punto de vista de las contingencias, es decir, cuando exista un elemento que dañe o merme la capacidad de la persona y, por ende, de sus percepciones económicas³⁹⁴; lo que el Tribunal Constitucional intenta vislumbrar en esta afirmación es que el sistema todavía se encuentra alejado del sistema universal al que debemos obedecer y, por tanto, defiende un sistema que se preocupa más en velar por las necesidades nacidas de contingencias protegidas por periodos de cotización previos.

³⁹³ Castro Argüelles, M. A., García Murcia, J., Martín Valverde, A. (2009). *Ley general de Seguridad Social: Comentada y con jurisprudencia*. Las Rozas Madrid: La Ley, 812.

³⁹⁴ Monereo Pérez, J.L. *Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico: Actualizado con las novedades introducidas por la ley 402007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social* (2008). Granada: Comares, 375.

Se ha visto hasta ahora que, sin lugar a dudas, el artículo 41 de la Constitución Española es la base central del sistema de Seguridad Social español, ahora bien, no podemos dejar de nombrar otra serie de preceptos constitucionales de gran importancia para el sistema como son, por ejemplo, el artículo 25.2, o el 129.1 así como el 43 y el 49 y el anteriormente citado artículo 50³⁹⁵.

La base constitucional del derecho a la Seguridad Social aparece en el artículo 41 de la Constitución que reza: *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*. Establece dicho artículo el deber de los poderes públicos de mantener una determinada estructura protectora de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad y marca las líneas que han de orientar el desarrollo evolutivo de aquella y, aún, de su régimen jurídico presente, (STC 206/1997).

En palabras del Tribunal Constitucional, *“la Constitución ha recogido y consagrado en su artículo 41 la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección del ciudadano ante situaciones de necesidad se concibe como una función social del Estado, rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-contraprestación propia del seguro privado,*

³⁹⁵Fernández Orrico, F. J. (2004). La seguridad social en el XXV aniversario de la constitución. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (49), 127-170.

superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal”, (SSTC 103/1983, 65/1987, 37/1994, 184/1993 y 186/2004). Es de destacar la STC 37/1994 que afirma que “el artículo 41 consagra un régimen público de Seguridad Social cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible para el legislador, de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

Es el propio artículo 41 de la Constitución el que establece cómo será el sistema de Seguridad Social español regulando tres niveles diferenciados. Por un lado y en primer lugar, se establece un sistema de protección a nivel contributivo, en segundo lugar un sistema de protección a nivel asistencial (o no contributivo), y, por último establece la libre posibilidad de contar con asistencia o prestaciones complementarias, (es la parte que se deja abierta a la autonomía privada como antes mencionamos). Según el Blasco Lahoz³⁹⁶, en el podemos entender estos tres niveles como nacidos del propio artículo 41 de la Constitución ya que el nivel contributivo se desprende de la frase *“mantendrán prestaciones suficientes”* que puede hacer referencia a las normas básicas establecidas en el Convenio nº102 de la OIT, así como el término *“desempleo”* que deja entrever el carácter contributivo del sistema; en cuanto al nivel asistencial o no contributivo

³⁹⁶Blasco Lahoz, J. F., López Gandía, J., Momparler Carrasco, M. A. (2009). *Curso de Seguridad Social* (3ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 47 y ss.

quedaba claro que de la regulación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, en concreto, a través del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se estaba asumiendo la necesidad de un sistema de prestaciones sociales universalista, es decir, para todas las personas y financiado por el Estado y que cubriría un estado de necesidad; en último lugar encontramos el nivel complementario que no es otra cosa que el contrato libre a nivel privado, de carácter voluntario y no sustitutivo³⁹⁷.

Es importante mencionar aquí, de nuevo, las palabras del Tribunal Constitucional: *“el orden jurídico-político establecido por la constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que considera como componentes esenciales y cuya preservación prejuzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitectónicos indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero, a diferencia de lo que ocurre con las instituciones supremas del estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en estas la configuración institucional concreta se defiende al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial que la Constitución garantiza³⁹⁸”*.

³⁹⁷ Blasco Lahoz, J. F., López Gandía, J., Momparler Carrasco, M. A. (2009). *Curso de Seguridad Social* (3ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 47 y ss.

³⁹⁸ STC 6/1981, de 28 de julio.

En resumen y en lo que se refiere a los niveles de protección de la Seguridad Social reconocidos en el artículo 41 de la Constitución Española podemos decir que:

1. Nivel contributivo: El nivel contributivo que se reconoce es de carácter profesional, financiado por las cotizaciones derivadas del trabajo, de los sujetos incluidos, como consecuencia de la utilización en su contenido de expresiones como *“régimen”*, *“prestaciones sociales suficientes”* o *“desempleo”*. Es en el que se incluyen las prestaciones económicas, (que pueden ser de carácter indefinido aunque no siempre es así), o protecciones sociales cuya concesión está supeditada a una relación previa con la Seguridad Social, (como el acreditar un determinado periodo de cotización previo en determinados casos), además de cumplir los requisitos específicos de cada prestación y cuya cuantía se determinará en función de las aportaciones realizadas por el trabajador y el empresario durante el periodo considerado a efectos de la base reguladora de la prestación de que se trate.
2. Nivel no contributivo: El nivel no contributivo se reconoce de carácter universalista y asistencial, financiado por el Estado por vía fiscal, como consecuencia de la utilización en su contenido de expresiones como *“ciudadano”*, *“estado de necesidad”*, *“régimen público”* o *“asistencia”*. Es lógico que, acorde a nuestro

sistema de Estado y a nuestra Constitución, la Seguridad Social cubra situaciones de necesidad que puedan generarse y que incluya este nivel en nuestro sistema (STC 239/2002). Es la protección que se concede a los sujetos que, estando en una situación de necesidad protegible carecen de los recursos necesarios para su subsistencia aun cuando no hayan cotizado nunca o no lo hayan hecho durante el tiempo suficiente para alcanzar la protección del nivel contributivo. En este caso deberán cumplirse una serie de requisitos que paso a enumerar a continuación:

- A pesar de que el precepto menciona que cualquier ciudadano se encuentra protegido lo cierto es que habrá de encontrarse en situación de necesidad.
- Se protege, normalmente, a las personas que tengan cargas familiares y/o carezcan de un determinado nivel de renta.
- El beneficiario de la prestación habrá de residir en territorio español y haberlo hecho en determinados periodos de tiempo y se va a exigir que se mantenga el requisito de residencia y carencia de renta durante todo el tiempo que disfrute de la prestación.

3. Nivel complementario o voluntario: Es un nivel reconocido por la Constitución Española voluntario destinado, seguramente, a las personas con rentas económicas más elevadas, al proclamar expresamente la existencia de asistencia y prestaciones complementarias de carácter libre. El nivel complementario no sería estrictamente Seguridad Social, sino protección social de tipo privado (STC 206/1997 y STC37/1994).

Existen otros artículos de la Constitución de 1978 que hacen referencia a la Seguridad Social aunque, a mi entender, de una manera más secundaria, así encontramos: el artículo 25 de la Constitución Española que reconoce el derecho de los reclusos a un trabajo remunerado y sus correspondientes beneficios de la Seguridad Social³⁹⁹; la protección familiar del artículo 39; la protección de los trabajadores españoles en el extranjero del artículo 42; la protección de los minusválidos del artículo 49; el artículo 129 de la Constitución Española que establece la necesidad de establecer, por ley, formas de participación de los interesados en la Seguridad Social.

El artículo 43 de la Constitución Española establece que “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los

³⁹⁹Sánchez-Uran Azaña, Y., *Seguridad social y constitución española*. Madrid: Civitas, 1995, página 148 y ss.

poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

Este artículo hace referencia a la protección de la salud que ya aparecía como un atisbo en el artículo 41 y, en realidad, se puede entender como una prolongación de dicho artículo. Lo que hace es matizar la protección a la salud de los ciudadanos como parte de ese derecho “social” al que me vengo refiriendo desde el principio⁴⁰⁰. De nuevo se establece el derecho como la traducción de una obligación del Estado tanto desmaterializar el derecho como en su protección dejando claro, de nuevo, que el Estado es el responsable, en primera instancia, de dicha materia⁴⁰¹.

El artículo 50 de la Constitución Española establece que *“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.*

Lo mismo que ocurre con el artículo 43 se puede transponer al artículo 50 de la Constitución Española; de nuevo establece una obligación para el Estado (ahora en materia de pensiones), de garantizar a los ciudadanos un mínimo, de nuevo aquí se hace referencia al término

⁴⁰⁰Alzaga Villaamil, O., Morodo, R. (1996; 1999). *Comentarios a la constitución española de 1978*. Madrid: Edersa. Páginas 103-131.

⁴⁰¹Borrajo Dacruz, E. *La Seguridad Social en la Constitución Española*. En AAVV, Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor García de Enterría. Madrid: Civitas, 1991. Tomo II.

“suficiencia” y vuelve a dejar constancia de la atención a los problemas de salud de los ciudadanos⁴⁰².

Si centramos la atención en el artículo 43.1 de la Constitución Española se verá que establece que “*Se reconoce el derecho a la protección de la salud*”; no podemos dejar este artículo de lado cuando realizamos un estudio de la relación entre la Constitución y el derecho a la Seguridad Social. La protección a la Salud es, sin lugar a dudas, una de las áreas de protección de nuestro sistema de Seguridad Social y, por tanto, hay que tratarlo incluido con el resto de prestaciones y servicios del sistema; es cierto que la protección de la salud es uno de los aspectos que más problemas y deficiencias van a plantear en el estudio del derecho a la Seguridad Social.

Haciendo un inciso creo que debería hacer mención en este momento a los artículos 42 y 43 del TRLGSS y su relación con el artículo 41 de la Constitución Española.

El artículo 42 del TRLGSS establece que “*1.La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá: a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo. b) La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en el apartado anterior. c) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el*

⁴⁰²Monereo Pérez, J.L. *Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico: Actualizado con las novedades introducidas por la ley 402007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social* (2008). Granada: Comares, 375.

embarazo; riesgo durante la lactancia natural; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; 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 Ministro de Trabajo e Inmigración. d) 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 reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente.”. Lo que hace el artículo 42 del TRLGSS es, sencillamente, materializar ese sistema de Seguridad Social que establece el artículo 41 de la Constitución Española cuando únicamente dice que se deben garantizar una serie de prestaciones y la asistencia de manera suficiente y en situaciones de necesidad; es la materialización de la acción protectora del sistema.

El artículo 43 del TRLGSS establece que *“1. La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el apartado 1 del artículo 7 de la presente Ley, podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales”*; este artículo en

referencia al artículo 41 de la Constitución Española vuelve a dejar clara la coexistencia de los dos sistemas que integran nuestro sistema de Seguridad Social, por un lado el obligatorio o público y, por otro, el voluntario o privado.

CAPÍTULO II: RÉGIMEN LEGAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL DESARROLLO LEGAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA.

1. INTRODUCCIÓN.

1.1 Conceptos Generales.

Bien es sabido que dentro de nuestro ordenamiento jurídico existe una división en ramas de todas las ciencias jurídicas; dentro de esas ramas, hoy en día, podemos hablar de Derecho a la Seguridad Social⁴⁰³; lo que esto deja patente es el *“intento de agrupación u ordenación sistemática de las Instituciones jurídicas, que, dentro del ordenamiento general y en el ámbito del derecho público, se ocupan de la organización de la actividad de los poderes públicos, encaminada a implantar e instrumentar un determinado “Sistema de Solidaridad Social””*⁴⁰⁴.

Ya he citado en varias ocasiones durante este trabajo cuáles son los principios rectores del derecho a la Seguridad Social en España pero

⁴⁰³ A lo que también podemos llamar “Instituciones de Seguridad Social” si dentro del estudio incluimos aspectos políticos.

⁴⁰⁴ Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Quesada Segura, R. (2015). *Manual de Seguridad Social* (11ª edición). Madrid: Tecnos, 24.

considero oportuno comenzar esta introducción y, por tanto, este capítulo haciendo mención a ellos ya que, en definitiva, nuestro sistema es el tema que me ocupa.

El término “*Seguridad Social*”, nace en Estados Unidos con la Ley de Seguridad Social americana de 1935, pero no alcanza a conocer la importancia del que lo dotamos hoy en día hasta su aparición en el artículo 5 de la Carta del Atlántico donde aparece definida como uno de los objetivos fundamentales de las Naciones Unidas; a partir de ese momento comienza a utilizarse dicho término por la doctrina y las legislaciones nacionales e internacionales⁴⁰⁵.

Cierto es que podríamos entender el término Seguridad Social como parte integrante del concepto protección social⁴⁰⁶ ya que estamos inmersos en un Estado Social y Democrático de Derecho (como ya he aclarado en varias ocasiones en el primer capítulo de esta Tesis), que pretende desarrollar una política solidaria en todas y cada una de las ramas que rigen la vida de los ciudadanos⁴⁰⁷ *que “se apoya en la idea de solidaridad social, como instrumento de igualdad, o de un concepto de Justicia social... así pues, la Protección social se llevaría a cabo a través del reconocimiento de técnicas o prestaciones sociales otorgadas a los*

⁴⁰⁵La seguridad social como concepto. (1953). *Cuadernos De Política Social*, (17), 43.

⁴⁰⁶ Ya que la Protección Social es mucho más amplia, no incluye únicamente el Sistema de Seguridad Social.

⁴⁰⁷ No solo en materias que deriven del derecho a la Seguridad Social sino también económicas, fiscales, educativas, sanitarias...

*individuos en los casos de necesidad*⁴⁰⁸ (a los que también he hecho mención en diversas ocasiones).

Hay que destacar la idea de Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Quesada Segura, R.⁴⁰⁹ que resaltan la relativa juventud de lo que se entiende como sistema de Seguridad Social ya que, comparado con otras ramas de estudio de las ciencias jurídicas, éste es relativamente joven naciendo a finales del siglo XIX en Alemania y asumido por el resto de países europeos dada su eficacia política y social.

Buscando una definición de Seguridad Social llego al concepto dado por Alonso-Olea García, B. que la define como “...*el sistema arbitrado por los poderes públicos para garantizar a las personas incluidas en su ámbito, y a sus familiares y asimilados, la protección adecuada frente a las contingencias y situaciones legalmente previstas, de acuerdo con los requisitos fijados por el legislador*⁴¹⁰”, es decir, un sistema que obliga a los poderes públicos⁴¹¹ a garantizar la protección adecuada y suficiente frente a situaciones de necesidad que deben estar previstas y protegidas por nuestro sistema legal y con las características y requisitos que éste establezca.

Otra conceptualización de Seguridad Social sería la que reconoce este derecho como “...*conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos*

⁴⁰⁸ Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Quesada Segura, R. (2015). *Manual de Seguridad Social* (11ª edición). Madrid: Tecnos, 25.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 24.

⁴¹⁰ Alonso-Olea García, B. (2013). *Derecho de la protección social: Derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*. Cizur Menor Navarra: Civitas; Thomson Reuters, 40.

⁴¹¹ Tal y como se dejó claro en el primer capítulo de este estudio.

*personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables que se encaminan hacia la protección general de todos los residentes contra la situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas*⁴¹²; en este caso vamos más allá del concepto clásico ya que se introduce el *conjunto de medidas públicas*, es decir, todas y cada una de ellas, poniendo en relieve la importancia que la solidaridad tiene dentro del sistema dada nuestra forma de Estado; habla de evaluar las prestaciones, es decir, poner un precio a la carencia de capacidad para trabajar de forma normal para asegurar, así, la subsistencia del individuo en los momentos de necesidad⁴¹³ en los que, además, el Estado, en la medida de lo posible, debe ser garante de la obtención, por parte del individuo, de un nivel mínimo de renta que garantice su subsistencia.

Cierto es que desde un punto de vista más moderno y adaptado a la época no podemos hablar de un sistema de Seguridad Social en el que haya limitaciones de acceso⁴¹⁴, sino que debemos hablar de un conjunto de normas que permitan proteger las situaciones de necesidad de todos los sujetos hayan o no contribuido al sistema⁴¹⁵ y que, por supuesto, ha de tener un carácter público y universal; en palabras del Tribunal Constitucional “...*la garantía institucional del Sistema de Seguridad*

⁴¹²Alonso Olea, M., Y Tortuero Plaza, J. L. (2002). *Instituciones de Seguridad Social* (18a rev edición). Madrid: Civitas, 19.

⁴¹³ Hay que recordar que esta es, a mi entender, una de las bases fundamentales sobre la que se asienta nuestro sistema y que fundamenta su razón de ser.

⁴¹⁴ Aunque cierto es, como se verá, que éstos siguen existiendo en numerosas ocasiones.

⁴¹⁵ Dada la definición de nuestro sistema de Estado como un Estado Social y Democrático de Derecho. La palabra social determina la obligatoriedad de la contribución de todos para crear un sistema que se amplíe a todos los sujetos que estén en situaciones de necesidad.

Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social lleva aparejado el carácter público del mencionado Sistema”, (SSTC 37/1994, de 10 de febrero y 78/2004, de 29 de abril).

No está de más recordar la primera definición de Seguridad Social dada por Beveridge, W. en sus informes⁴¹⁶ y que la conceptuaba como “...el conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejarán de presentarse, por óptima que sea la situación del conjunto de la sociedad en que vivan⁴¹⁷”; es una conceptualización más antigua pero que se amolda, todavía, a lo que entendemos por sistema de Seguridad Social ya que pone en relieve las medidas que debe adoptar el Estado⁴¹⁸ para proteger las situaciones de necesidad del individuo.

Dentro de los conceptos generales creo que se hace necesario hacer mención a los grandes principios que sustentan y orientan la evolución de nuestro sistema de Seguridad Social.

Los principios clásicos de la Seguridad Social vienen establecidos en el artículo 2 del TRLGSS que reza “*El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de Universalidad, unidad, solidaridad e Igualdad.*”, aunque hay que decir que, como

⁴¹⁶ Beveridge, W. H. B. y López Alonso, C. (1989). *Seguro social, servicios afines: Informe de Lord Beveridge; [traducción y coordinación, Carmen López Alonso]* (1ª edición) Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

⁴¹⁷ Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J. L. (2002). *Instituciones de Seguridad Social* (18ª rev edición). Madrid: Civitas, 38.

⁴¹⁸ Y, por tanto, da por hecho la obligatoriedad del Estado de garantizar dichas medidas.

estudiaré más adelante, no son los únicos que se consideran como tales dadas las características del sistema.

Estos principios son la base de que nuestro sistema funcione como lo que es en realidad: un sistema social en el que todas las personas (aunque ya se verán más adelante las peculiaridades y deficiencias que presenta), están protegidas ante situaciones de necesidad. Es momento de recordar también que será competencia del poder político y de los agentes sociales garantizar el sistema público de pensiones que, además, deberá ser justo, equilibrado y solidario. Es de este modo como el Estado queda obligado a la creación y mantenimiento de un sistema de protección social que deberá tener naturaleza pública y que deberá ser suficiente, es decir, nuestro sistema de Seguridad Social requiere una acción protectora que deberá tener carácter público y que deberá garantizar dicha protección ante situaciones de necesidad y carencia.

1.2 Antecedentes del sistema de Seguridad Social español y sistema actual.

La aparición de la protección social en España está motivada por las necesidades nacidas en el siglo XX debido a la alta industrialización tanto de España como del resto del mundo; en su nacimiento, el derecho a la Seguridad Social, que recordemos que no existía como tal, tiene un origen laborista, es decir, protegía únicamente a los

trabajadores de la industria; después sufre un cambio, debido de nuevo a las necesidades de la época, y deja de ser industrial para convertirse en profesional, es decir, se amplía a un alto número de trabajadores que ya no solo prestan sus servicios en industrias; al final llegaremos a lo que se conoce como universalización del sistema de Seguridad Social aunque, como se verá, esa universalización no es real sino relativa.

Si hablamos de la formación y la evolución de la Seguridad Social en nuestro país hay que diferenciar una serie de etapas que han hecho que el sistema evolucione en busca de la protección idónea aunque hay que decir que, como se verá más adelante, aún queda mucho que progresar para llegar al sistema perfecto; el sistema se ha ido regulando, estableciendo y evolucionando dependiendo de la realidad social, política y económica de cada momento; se puede decir que existe un momento clave en la historia de la Seguridad Social y es la aprobación de la Ley de Bases de 1963 aunque es cierto que el concepto, mucho menos definido, ya existía antes, así, podemos decir que el nacimiento real del derecho a la Seguridad Social produce en España el 30 de enero de 1900 con la promulgación de la Ley de Accidentes de Trabajo⁴¹⁹ que será la primera gran norma que encontraremos dentro del ordenamiento jurídico que regula la Seguridad Social; así pues, podemos establecer tres etapas fundamentales y claramente diferenciadas en lo que a la evolución histórica del sistema de

⁴¹⁹ *Qué configuró el riesgo de accidente de trabajo como responsabilidad del empresario abstracción hecha de su culpa o negligencia* (Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J. L. (2002). *Instituciones de Seguridad Social* (18ª rev edición). Madrid: Civitas, 39)

Seguridad Social en España se refiere (si bien es cierto que dichas etapas no se corresponden con momentos históricos concretos):

1.2.1 Etapa de definición prestacional e institucional comprendida entre 1900 y 1962. Es la etapa que se caracteriza por la aparición de los seguros sociales, como resultado de los mecanismos e instrumentos de protección que había ido desarrollando el movimiento obrero de forma mutualista y por la elaboración y creación de las normas e instituciones que extendían al conjunto de los trabajadores las prestaciones que, hasta esos momentos, se reconocían sólo a los trabajadores sindicados, de forma ajena a la actuación del Estado. Una vez aprobadas la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 y la Ley de 27 de febrero de 1908 que crea el Instituto Nacional de Previsión Social⁴²¹ aparece el sistema de Seguridad Social que, poco a poco, se irá adaptando a los tiempos venideros. Se produjeron una serie de ampliaciones de los riesgos cubiertos apareciendo la cobertura de la vejez en 1919⁴²²; los accidentes de trabajo⁴²³ en 1932; cargas familiares en 1938; los salarios en 1946; enfermedad común y accidente no laboral en 1942⁴²⁴; invalidez y reorganización de la vejez en 1947

⁴²¹ INP.

⁴²² Que pasaría a convertirse en un sistema de prestaciones de supervivencia para los familiares próximos dependientes del causante en 1955.

⁴²³ Siendo obligatorio el aseguramiento de la responsabilidad empresarial.

⁴²⁴ Con su doble vertiente de prestación sanitaria y prestación económica.

y paro forzoso en 1961⁴²⁵. Los principales logros de esta época serán:

- **Promulgación de la Ley de Accidentes de Trabajo el 30 de enero de 1900**⁴²⁶: La Ley de Accidentes de Trabajo se promulga el 30 de enero de 1900 y, con ella, aparece por primera vez en España legislación social en la que se prevea la instutualización de la previsión social; hasta ese momento los accidentes de trabajo se protegían mediante la *caridad del patrón o por la beneficencia privada o pública* pero tras la aprobación de esta Ley el papel del Estado deja de ser supletorio para convertirse en principal; con la aparición de la Ley de 1900 comienza a reconocerse el derecho del obrero a percibir indemnizaciones por parte de su patrón en caso de sufrir lesiones a consecuencia o por ocasión del trabajo que estaban realizando; podemos considerar esta ley como la que propició la fase de emergencia del derecho del trabajo en España⁴²⁷. La citada norma establecía la responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes sufridos por los trabajadores en horarios de trabajo. Hasta la aprobación de esta norma,

⁴²⁵Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J. L. (2002). *Instituciones de Seguridad Social* (18ª rev edición). Madrid: Civitas, 40.

⁴²⁶ Otras similares se aprobaron en otros países europeos, así: En Italia en 1883, en Alemania en 1884, en Inglaterra en 1897 y en Francia en 1898.

⁴²⁷García González, G. (2015). Los inicios de la previsión social en España: Responsabilidad patronal y seguro de accidentes en la ley de accidentes del trabajo de 1900. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, 5(2), 1-32.

la responsabilidad, debía basarse en el incumplimiento de una obligación contractual previamente contraída o en la responsabilidad extracontractual pero es cierto que en los contratos de trabajo de la época no se hacía mención alguna a la posibilidad de que los trabajadores sufriesen accidentes de trabajo y, por tanto, se solía eximir de cualquier responsabilidad al empresario. El número de accidentes iba creciendo por lo que se hacía necesaria una regulación al respecto; se incluye una novedad y era que, el empresario, se iba a considerar culpable de los accidentes en base al *“cujus commodum ejus incommodum”*⁴²⁸ y, por tanto, debían soportar las consecuencias económicas de los accidentes de trabajo que pudiesen devenir como consecuencia del trabajo llevado a cabo en sus fábricas⁴²⁹. La Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900⁴³⁰ lo redactaba del siguiente modo: *“...el patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor, extraña al trabajo en el que se produzca el accidente”*; además la Ley

⁴²⁸ Aquel que se beneficia de algo debe pechar también con las consecuencias perjudiciales de lo mismo y, por tanto, al ser los empresarios los máximos beneficiarios de los beneficios generados por los trabajadores serán, de igual modo, los máximos responsables de los daños que éstos pudiesen sufrir.

⁴²⁹ Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi, 27 y

ss.

⁴³⁰ Que después sería ampliada y mejorada por la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922.

establecía el pago, por parte del patrón, de la indemnización por la incapacidad temporal o permanente del obrero así como por su muerte a causa del accidente. Se puede decir que *las primeras muestras de cobertura de riesgos lo son de riesgos profesionales y específicamente de accidentes de trabajo; lo que puso las bases para un posterior desarrollo de los seguros sociales e incluso del sistema de Seguridad Social en España, que se desarrolló gracias a la política social iniciada por la Ley de Accidentes de Trabajo*⁴³¹.”

- **Creación del Instituto Nacional de Previsión (INP), en 1908.** Se puede decir que es el paso *previo* al sistema de seguro social obligatorio ya que instauró lo que se conoce como seguro social de libertad subsidiada⁴³²; su característica fundamental es que el aseguramiento era voluntario pero se permitían acuerdos entre empresarios y trabajadores o entre empresarios y el propio INP⁴³³. Poco a poco fue evolucionando y en momentos más tardías aparecería por primera vez la intervención directa del

⁴³¹Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J., y Vilchez Porras, M. (2006). *Sistema de Seguridad Social* (8a edición). Madrid: Tecnos, 31.

⁴³² Que se caracterizaba porque tenía carácter voluntario tanto para el empresario como para el trabajador mientras que era de carácter obligatorio para el Estado

⁴³³Manzano Sanz, F. (2008). De los antecedentes remotos al futuro, una reflexión sobre la gestión de la seguridad social a propósito del centenario de la creación del instituto nacional de previsión. *Capital Humano: Revista Para La Integración y Desarrollo De Los Recursos Humanos*, 21(218), 64-71.

Estado que era el que subvencionaba la pensión del retiro mientras que los empresarios aportaban una cuota complementaria⁴³⁴.

▪ ***La aparición del Retiro Obrero Obligatorio en 1919.***

Aparece el régimen obligatorio del retiro obrero mediante un seguro obligatorio de vejez⁴³⁵ que abarcaba a todos los asalariados⁴³⁶ de entre dieciséis y sesenta y cinco años⁴³⁷. Se aprueba mediante Real Decreto el 11 de marzo de 1919 y en su base primera establece que *“El Seguro obligatorio de vejez alcanzará a la población asalariada comprendida entre las edades de diez y seis y sesenta y cinco años cuyo haber anual por todos conceptos no exceda de 4.000 pesetas”*; se puede observar aquí la combinación que se hace del criterio profesional⁴³⁸ y del criterio de la escasez de recursos⁴³⁹ (que será determinante en la evolución hacia el sistema de Seguridad Social que hoy en día conocemos). Como características principales del Seguro de vejez encontramos que se

⁴³⁴Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J., y Vilchez Porras, M. (2006). *Sistema de Seguridad Social* (8a edición). Madrid: Tecnos, 31.

⁴³⁵Sudrià, C. (1998). Las cajas de ahorros en los orígenes del retiro obrero (1900-1939). *Papeles De Economía Española*, (74), 323-330.

⁴³⁶Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J., y Vilchez Porras, M. (2006). *Sistema de Seguridad Social* (8a edición). Madrid: Tecnos, 31.

⁴³⁷ Cuyo haber anual no podía exceder de 4.000 Ptas.

⁴³⁸ Asalariados.

⁴³⁹García Ortega, J. (1994). El retiro obrero obligatorio: Antecedentes y eficacia actual. *Tribuna Social: Revista De Seguridad Social y Laboral*, (39), 21-27.

establece una financiación tripartita y se le atribuye su gestión al INP⁴⁴⁰.

- **Seguro de paro forzoso en 1919.** En el preámbulo de esta norma se puede desprender la importancia que tenía en la época la vida social⁴⁴¹, que en España se pretendía aplicar todas aquellas regulaciones beneficiosas que se estaban produciendo en muchos de los países europeos y que el paro forzoso era, en aquellos momentos, el más difícil de asegurar para el Estado ya que no existía una regulación anterior para la cotización para este tipo de contingencia, por lo que no se hizo de manera obligatoria sino que existía libertad subsidiada en esta materia⁴⁴²; el preámbulo del Real Decreto de 18 de marzo de 1919⁴⁴³ declaraba que *“...de todos los aspectos en los cuales el problema social puede considerarse no hay ninguno que la opinión pública acoja con tan unánime simpatía como el relativa a evitar el paro forzoso o disminuir, por lo menos, en la medida de los posible sus lamentables efectos...el desarrollo de la idea del seguro del paro forzoso no es cosa fácil ni puede improvisarse si hubiera de establecerse como función del*

⁴⁴⁰ Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi, 36.

⁴⁴¹ Como ocurría en toda Europa a partir de la Revolución Soviética de 1917.

⁴⁴² García González, G., Espuny i Tomás, M. J. (2010). Los orígenes de la protección por desempleo en España: El seguro libre subsidiado de paro forzoso. *Crisis y ocupación* (1ª edición). J. M. Bosch Editor, 57-84.

⁴⁴³ Real Decreto que regulaba el paro forzoso.

*Estado en España...la experiencia del extranjero demuestra, sin género alguno de duda, que el único sistema práctico y posible es el de subvención a las Sociedades mutuas obreras que practiquen esa clase de seguros*⁴⁴⁴. El R.D. establecía una serie de requisitos como, por ejemplo, que la indemnización de paro no podía superar el 60% del jornal o que no debería durar más de 90 días cada año⁴⁴⁵. Es en este contexto en el que aparece el Ministerio de Trabajo que tenía atribuidas entre sus funciones la de la gestión de los seguros sociales⁴⁴⁶.

- **Seguro obligatorio de maternidad de 1929.** Este seguro obligatorio incluía la protección de la maternidad en sus dos vertientes, por un lado la asistencia médica y, por otro, el subsidio económico⁴⁴⁷, lo que significa que había un interés por parte del Estado de proteger no solo las contingencias típicas derivadas del trabajo⁴⁴⁸.
- **Seguro de vejez de 1939.** La ley de 1 de septiembre de 1939 implanta un seguro de vejez en sustitución del Retiro

⁴⁴⁴ En aquel momento, en España, únicamente existían 17 Sociedades mutuas aseguradoras del paro forzoso.

⁴⁴⁵ Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi, 36-37.

⁴⁴⁶ Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J. y Vilchez Porras, M. (2006). *Sistema de Seguridad Social* (8a edición). Madrid: Tecnos, 32.

⁴⁴⁷ Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi, 37.

⁴⁴⁸ Blasco Herranz, I. (2016). Género y reforma social en España: En torno a la elaboración del seguro obligatorio de maternidad (1915-1929). *Ayer*, (102), 23-45.

Obrero⁴⁴⁹, y establece un sistema de pensiones fijas; en 1947, además, se le vinculó la invalidez derivada de accidentes no laborales y de enfermedades comunes y en 1955 se convirtió en seguro de vejez, invalidez y muerte por contingencias no profesionales e indemnizaba a los derecho-habientes.

1.2.2 Etapa de configuración normativa comprendida entre 1962 y 1978.

Cierto es que el comienzo de la Guerra Civil supone una interrupción importante en la creación del sistema de Seguridad Social pero, aun así, obtendrá continuidad a partir de la década de los '60. Comienza a aparecer un sistema de Seguridad Social que tiene alcance profesional pero con cierta declaración de Universalidad. Los principales logros de la época serán:

- **Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963⁴⁵⁰**. Es, sin lugar a dudas, la más importante de esta segunda etapa de configuración normativa. A partir de 1948 se comienza el intento de coordinación y unificación de los seguros sociales generales y, como culminación de ese intento, nacerá la Ley de Bases de 1963⁴⁵¹, que se puede entender

⁴⁴⁹Elu Terán, A. (2006). Las primeras pensiones públicas de vejez en España: Un estudio del retiro obrero, 1909-1936. *Revista De Historia Industrial*, (32), 33-67.

⁴⁵⁰Ley 193/1963 de 28 de diciembre, sobre bases de la seguridad social. (1964). *Revista De Política Social*, (61), 481.

⁴⁵¹Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J. L. (2002). *Instituciones de Seguridad Social* (18ª rev edición). Madrid: Civitas, 41.

como la artífice de la transición entre el sistema de Seguros Sociales y el sistema de Seguridad Social; es la propia ley de bases la que establece en su preámbulo que *“...conseguida ya la cobertura de los riesgos básicos, comunes y profesionales, parece llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social...con ello se va más allá de la simple sistematización y ajuste de los regímenes ya establecidos”*; todo ello demuestra que ya se era consciente de la verdadera diferencia *cuantitativa* entre seguros sociales y Seguridad Social⁴⁵². Para que los objetivos se cumplieran totalmente y se consiguiera el fin de poder disfrutar de un sistema de Seguridad Social no era suficiente la Ley de Bases⁴⁵³ ya que, de entre sus carencias, podemos destacar que hablaba de *generalizar* la cobertura a la población activa pero no a la población general, es decir, no se perseguía el carácter Universal del sistema⁴⁵⁴ que no debe dejar de lado el criterio de Universalidad y, por otro lado, vincula la percepción de la protección a la existencia anterior de una contingencia *previamente definida*⁴⁵⁵. Podemos denominarla como

⁴⁵²Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi, 38.

⁴⁵³Vicente Palacio, M. A., García Ninet, J. I. (2007). La protección por vejez en la ley de bases de seguridad social de 28 de diciembre de 1963. *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (1st edición) Iustel, 307-326.

⁴⁵⁴Requisito indispensable para poder hablar ciertamente de un sistema de Seguridad Social.

⁴⁵⁵Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi, 39.

norma fundacional del actual sistema de Seguridad Social...porque marcó directrices que imponían una nueva visión de la previsión social, y porque ordenó y sistematizó el complejo normativo anteriormente existente⁴⁵⁶". Se puede afirmar que los avances más importantes obtenidos a partir de la Ley de Bases de 1963 fueron: la ampliación del campo de aplicación⁴⁵⁷; el diseño de la estructura del sistema; la unificación de las prestaciones económicas provenientes de diferentes contingencias y la supresión del lucro mercantil del aseguramiento.

- **Ley de Seguridad Social de 1966.** Este texto expresó las *ideas de la aproximación al régimen general como ideal de cobertura y de la máxima homogeneidad en la acción protectora⁴⁵⁸*. Es de destacar que no respetó los principios contenidos en la Ley de Bases ya que no extendió la protección de manera universal y, siguiendo por el camino anterior, marcaba diferencias entre el origen común o profesional del daño protegido además de seguir manteniendo tanto las Mutuas Patronales de Accidentes de

⁴⁵⁶ Alonso-Olea García, B. (2013). *Derecho de la protección social: Derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*. Cizur Menor Navarra: Civitas; Thomson Reuters, 29.

⁴⁵⁷ Aunque no de la forma deseada porque no llegaba a la Universalidad del sistema.

⁴⁵⁸ Cabeza Pereiro, J. (2002). Convergencia entre regímenes de seguridad social. *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (66), 45-64.

Trabajo como las Mutualidades Laborales (divididas por sectores productivos)⁴⁵⁹.

- **Ley de Financiación y Perfeccionamiento de 1972.** Lo más destacable de esta Ley⁴⁶⁰ es, sin duda, que estableció *la cotización en función de los salarios realmente percibidos y no por bases tarifadas*⁴⁶¹; fue un paso importante porque, entre otras cosas, iba a permitir alcanzar el principio de suficiencia en las prestaciones.

1.2.3 Etapa de consolidación del sistema de protección social como manifestación del Estado de Bienestar desde 1978 hasta nuestros días. Es una época de cambios políticos y de transición que se caracteriza por:

- Establecer prestaciones reconocidas a todos los ciudadanos con carácter universal tales como la asistencia sanitaria, los servicios sociales, las pensiones no contributivas de vejez e invalidez, las prestaciones por nacimiento de hijo o adopción o la maternidad y las prestaciones del sistema de dependencia.

⁴⁵⁹Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi, 39.

⁴⁶⁰ La Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la Seguridad Social de 1972, al refundirse con el Texto articulado de 1966 daría lugar a la Ley General de Seguridad Social de 1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo).

⁴⁶¹Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi, 39.

- Se reconocen, dentro del nivel contributivo, las prestaciones económicas temporales por accidente de trabajo y enfermedad profesional o común; las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, viudedad, orfandad y favor de familiares; la maternidad, riesgo durante el embarazo, paternidad y riesgo durante la lactancia y la prestación por desempleo para trabajadores por cuenta ajena.

El cambio fundamental en el que se asentará, también, el camino hacia un certero sistema de Seguridad Social es la aprobación de la Constitución Española de 1978; es en este momento cuando verdaderamente el sistema de Seguridad Social comienza su andadura por un camino que la hará más Universal, más solidario, más igualitario,..., (pero no lo suficiente); en palabras del Tribunal Constitucional *“...la Constitución ha recogido y consagrado en su artículo 41 la evolución que han experimentado los sistemas contemporáneos de Seguridad Social, de tal suerte que la protección del ciudadano ante situaciones de necesidad se concibe como una función social del Estado, rompiéndose en buena parte la correspondencia prestación-contraprestación propia del seguro privado,*

superada por la dinámica de la función protectora de titularidad estatal⁴⁶².

En relación al artículo 41 de la Constitución Española, el Tribunal Constitucional en su STC 37/1994, de 10 de febrero, afirmó que *“...el artículo 41 consagra un régimen público de Seguridad Social cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible para el legislador, de tal suerte que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar...”*.

Hasta la aprobación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre⁴⁶³, nuestro sistema de Seguridad Social era un sistema donde existía proporcionalidad entre la prestación que se reconocía y la contribución económica realizada por los trabajadores⁴⁶⁴, es decir, no se trataba de un sistema universal; se partía de la naturaleza profesional del hecho causante y, además, no se consideraban los recursos económicos del sujeto protegido⁴⁶⁵.

Es la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, sobre prestaciones no contributivas la que establece un cambio fundamental en el anterior sistema que pretende suplir las carencias de rentas de los sujetos protegidos independientemente de la actividad profesional del

⁴⁶² SSTC 103/1983, de 22 de noviembre; 65/1987, de 21 de mayo; 37/1994, de 10 de febrero y 184/1993, de 31 de mayo.

⁴⁶³ Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

⁴⁶⁴ Contributividad.

beneficiario y de las cotizaciones (contribuciones), que haya hecho al sistema. Se puede decir que esta nueva norma supone un antes y un después en el sistema de Seguridad Social español y que pasa a convertirlo en un sistema mucho más social de lo que era hasta ese momento, es decir, se puede considerar un logro en materia de Seguridad Social.

No se puede pasar por alto, en este apartado introductorio, el Pacto de Toledo⁴⁶⁶ cuya finalidad era detectar los problemas del sistema de Seguridad Social y elaborar un catálogo de posibles líneas de actuación, haciendo especial hincapié en la financiación de la Seguridad Social para evitar quebrantos a las arcas del sistema.

Al aparecer un mayor número de prestaciones protegidas su objetivo básico era *"garantizar en el futuro un sistema público de pensiones, justo, equilibrado y solidario, de acuerdo con los principios contenidos en el art. 41 de la Constitución Española"*.

Es obligado hacer mención también al Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006⁴⁶⁷ que, junto con el Pacto de Toledo, son los precursores de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre⁴⁶⁸, de medidas en materia de Seguridad Social que establece la necesidad de mantener determinados principios básicos del sistema

⁴⁶⁶ Se denomina Pacto de Toledo a la aprobación por el pleno del Congreso de los Diputados de España, durante la sesión del 6 de abril de 1995, del documento previamente aprobado por la Comisión de Presupuestos el día 30 de marzo de 1995, referente al *"análisis de los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse"*.

⁴⁶⁷ Suscrito por la Unión General de Trabajador, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

⁴⁶⁸ Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

para, así, poder llegar a garantizar la eficacia del mismo mediante la mejora y extensión de la protección; además establece una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones realizadas y las prestaciones obtenidas; hace posible la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad de jubilación legal establecida⁴⁶⁹.

En definitiva las características que describen nuestro sistema de Seguridad Social son:

1. Debe garantizar a los ciudadanos tanto su protección como la de su familia (o personas dependientes de ellos), ante situaciones tales como la vejez, la enfermedad, el desempleo y otras que puedan causar menoscabo de sus recursos durante su vida, es decir, proteger todas aquellas situaciones que precisen de la ayuda del Estado.

2. Debe responder a un formato basado en la Universalidad y la solidaridad que respetará y paliará las necesidades desde varias perspectivas:
 - o Mediante la solidaridad entre generaciones ya que las jóvenes cotizan para que con ellas se financien las pensiones de los mayores o lo necesitados.

⁴⁶⁹ Entonces fijada, con carácter general, en los 65 años.

- Se debe tener claro que el sistema de Seguridad Social se basa en el principio de caja única y que, por tanto, las cotizaciones de todo el territorio nacional deben servir para financiar las prestaciones de los ciudadanos en todo el territorio español.
3. La protección de las necesidades que puedan aparecer a lo largo de la vida viene exigida por la propia Constitución al establecer que nuestra forma de Estado es de Estado Social y Democrático de Derecho.
4. La Seguridad Social es, sin duda, un Derecho Fundamental y universal que debe incorporar a todos los ciudadanos y debe protegerlos independientemente de su situación personal o laboral.

1.3 Legislación en materia de Seguridad Social.

Para hacer un estudio detallado del sistema de Seguridad Social se deben analizar las Fuentes del Derecho a la Seguridad Social que se enumeran a continuación; existen numerosas normas en la materia, pero es cierto que con la aparición del nuevo TRLGSS, por medio del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, se produce un gran cambio y una adecuación de las normas incluyendo algunas de las más

importantes en el actual TRLGSS. Entre las normas más importantes se pueden destacar:

1. Las Normas con rango de ley como son las Leyes, Decretos Legislativos o Decretos Leyes. Es de destacar aquí que la disposición fundamental en materia de Seguridad Social en la actualidad es el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social.

Entre las disposiciones legales más importantes dentro de la reforma de la Seguridad Social destacan:

- a. **Ley 27/2001, de 1 de agosto**, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, (en su disposición adicional 25ª se faculta al Gobierno para que, en el plazo de dos años, elabore un nuevo texto refundido en el que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, los textos legales vigentes en materia de Seguridad Social). Esta norma es un importante referente, y solamente existen tres reformas de igual importancia: la Ley 24/1972, de 21 de julio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social; la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social y la Ley 24/1997, de 15 de

julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social. En la Ley 27/2011 se intensifica la unificación de los regímenes aunque con una acción protectora más reducida; cierto es que lo que el legislador pretende lo deja claro ya en el enunciado de la ley, es decir, actualizar, adecuar y modernizar el sistema ya que, de otro modo, nuestro sistema quedaría desactualizado y se convertiría en un sistema inadecuado y anticuado. El legislador deja ya claro desde la Exposición de motivos de la ley que la reforma debe darse, entre otras razones, debido a “...*las tendencias de la evolución demográfica*”, concretándolas en “...*el hecho incuestionable positivo de que la esperanza de vida aumente progresivamente en España, hasta haberse convertido en el segundo país del Mundo con mayor pervivencia de población,..., la disminución prolongada de las tasas de natalidad...y la tasa de dependencia de los pensionistas*”; la misma exposición de motivos también establece la necesidad del cambio debido a la “...*progresiva disminución del periodo de actividad laboral*” que se da en los jóvenes debido al número de años que ocupan en su formación y el retraso en su entrada en el mercado de trabajo.

- b. **Ley 35/2002, de 12 de julio**, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

Su principal novedad consiste en penalizar en menor medida la jubilación anticipada exigiendo porcentajes más ventajosos para la persona que opte a esta prestación; se desarrolló a través del RD 1132/2002 aunque parecía que no introducía variaciones importantes sí lo hizo en el caso de ceses no voluntarios de los trabajadores que los llevaban a la jubilación anticipada y mejoró el régimen de acceso para los trabajadores parados mayores de 52 años que hubiesen agotado la prestación contributiva por desempleo.

c. **Ley 47/2003, de 26 de noviembre**, General Presupuestaria.

Esta Ley tiene por objeto la regulación del régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero del sector público estatal y, entre otros, entiende como incluidas en el mismo a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y entidades mancomunados.

d. **Ley 40/2007, de 4 de diciembre**, de medidas en materia de

Seguridad Social. Con el paso del tiempo se ha visto la necesidad de regular las bases de forma que se adapten a la suficiencia para, así, cumplir con los requisitos de nuestro

sistema, en este caso en lo que se refiere a las prestaciones de muerte y supervivencia; se estudia la posibilidad de elevar la edad máxima de percepción de la pensión de orfandad o la mejora de las pensiones de viudedad; así nace el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social suscrito por el Gobierno y los interlocutores sociales⁴⁷⁰ y que se convierte en el antecedente de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social.

e. **Ley 27/2011, de 1 de agosto**, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Mediante esta Ley se modifican las previsiones de la LGSS en referencia a la pensión de jubilación⁴⁷¹; incluye importantes previsiones en materias de Expedientes de Regulación de Empleo, Convenios especiales y prestaciones o subsidios de desempleo; modifica, además la incapacidad permanente, los complementos por pensiones inferiores a la mínima y establece cotizaciones adicionales para los trabajadores autónomos.

f. **Ley 23/2013, de 23 de diciembre**, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social. Establece una reforma del

⁴⁷⁰ Firmado en el Palacio de la Moncloa el 13 de julio de 2006.

⁴⁷¹ En su modalidad ordinaria, anticipada y parcial.

sistema público de pensiones que se adapta a la situación demográfica y económica que está sufriendo el país regulando una revalorización del índice de las pensiones de la Seguridad Social.

2. Los Reglamentos generales y específicos de desarrollo. En relación a los Reglamentos es de destacar que la mayor parte fueron publicados con posterioridad al Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994⁴⁷², pero una parte de los Reglamentos específicos, de aplicación en algunas materias concretas de Seguridad Social, son anteriores a dicha norma legal y algunas siguen vigentes hoy en día bien en parte o bien en su totalidad.

Podemos destacar los siguientes:

a. Reglamentos Generales:

- R.D. 691/1991, de 12 de abril, por el que se regula el cómputo recíproco de cotizaciones entre regímenes de la Seguridad Social.
- R.D. 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

⁴⁷² Hay que tener en cuenta que ese no es el actual TRLGSS ya que se modifica y amplía a través del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

b. Reglamentos Específicos:

- Orden de 18 de enero de 1967, de normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social.
- Orden de 13 de febrero de 1967, por el que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.
- Orden de 13 de octubre de 1967, por la que se regula la prestación de la Seguridad Social por incapacidad laboral transitoria.
- R.D. 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.
- R.D. 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que establece prestaciones no contributivas en el sistema de la Seguridad Social.
- R.D. 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, (Vigente hasta el 17 de Septiembre de 2006).

- Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social.
- Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal.
- R.D. 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.
- R.D. 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. (Integración de los funcionarios en el Régimen General).
- R.D. 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.
- Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el

Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación.

- Real Decreto 343/2012, de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

2. EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL.

2.1 Introducción.

Hoy en día se puede afirmar que la Seguridad Social es, sin duda, el resultado de un largo proceso histórico y normativo. Su finalidad es la consecución de un gran fin: la protección del ciudadano ante aquellas situaciones de necesidad económica que nacen de alguna contingencia que dificulte o impida el trabajo y, por tanto, suponga una merma en los ingresos a percibir; estas situaciones pueden darse a lo largo de la vida de la persona por diversas razones (accidentes de trabajo, incapacidad temporal, maternidad,...); en un principio, esta protección, estaba pensada única y exclusivamente para el colectivo de ciudadanos en activo (que ocupasen un puesto de trabajo), pero poco a poco se avanza en el área de la Seguridad Social consiguiendo que, además, se puedan cubrir dichas situaciones de una manera mucho más amplia y así poder alcanzar a *“todos los ciudadanos”*.

Podríamos decir que esta preocupación “social” que existe en los Estados (incluido el nuestro), viene derivada del precursor de los sistemas modernos de Seguridad Social, W. Beveridge, que realizó dos informes⁴⁷³ en los que proponía un auténtico cambio en el sistema de protección social inglés. En definitiva, lo que Beveridge propuso fue un

⁴⁷³En 1942: *“Social Insurance and Allied Services”* y en 1944 *“Full employment in a free society”*.

cambio radical en el sistema de protección social inglés encaminado a eliminar cinco situaciones a las que se podría denominar “*situaciones de necesidad*” (si se pretende realizar un acercamiento al derecho a la Seguridad Social actual). Estos *cinco gigantes*...eran la necesidad, la enfermedad, la ignorancia, la miseria y la vagancia. Se puede decir que lo que Beveridge inició *era todo el programa que después se teorizó bajo el nombre de Estado Social, o Estado de Bienestar*⁴⁷⁴.

El mayor logro conseguido con estas nuevas teorías (hay que tener en cuenta que estamos hablando de mediados del siglo XX), fue acabar con la antigua visión de la previsión social únicamente para trabajadores, para conseguir llegar hasta la Universalidad del sistema que es uno de los pilares básicos y, por tanto, de los principios en los que se sustenta el actual sistema de Seguridad Social; la generalización de determinadas prestaciones y, por supuesto, “*la inclusión en un solo Sistema de medidas de Previsión social....dentro de las competencias básicas del Estado central*”⁴⁷⁵.

En definitiva, pasamos de un sistema en el que el Estado protege aquellas situaciones en las que el trabajador no puede desempeñar su trabajo habitual y, por tanto, conllevan una falta de ingresos, en las que, eventualmente, se velaba por el riesgo de Accidente de Trabajo para, así, más tarde cubrir “estados de necesidad” de otro tipo como la enfermedad, la maternidad, la vejez o la invalidez, haciendo otro

⁴⁷⁴ Vida Soria, J. (2005). *Manual de Seguridad Social*. Madrid: Tecnos, 33.

⁴⁷⁵ Esta es, sin lugar a dudas, la visión que queda plasmada en el artículo 41 de la Constitución Española de 1978.

avance importante: ya no solo se velaba por el trabajador sino por el ciudadano.

El primer gran cambio en nuestro sistema de Seguridad Social aparece, sin lugar a dudas, a partir de 1963 cuando pasamos del sistema de seguros sociales a un verdadero sistema de Seguridad Social al incluirse *en el ámbito de protección todo el conjunto de riesgos que configura la acción protectora del sistema, hoy en día protegiendo situaciones como el desempleo, la muerte y supervivencia, la vejez e invalidez, la maternidad y las responsabilidades familiares*⁴⁷⁶...”.

Será en 1990 cuando en nuestro sistema de Seguridad Social aparezca un cambio radical que lo convertirá en lo que hoy en día conocemos debido a la aprobación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre⁴⁷⁷, de prestaciones no contributivas ya que, a partir de ese momento, nuestro sistema no se basa en un criterio profesional donde se protege únicamente a los trabajadores, sino en un principio de residencia, donde se protege a los residentes en el territorio.

Podemos decir que las dos grandes características que marcan el derecho a la Seguridad Social desde ese momento es que, por un lado y en un primer momento, el sistema pasa de proteger el accidente de trabajo únicamente para acabar regulando otros riesgos derivados del trabajo y, en una segunda etapa, el sistema deja de proteger

⁴⁷⁶ Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J., Vilchez Porras, M. (2005). *Sistema de Seguridad Social* (7ª edición). Madrid: Tecnos, 41.

⁴⁷⁷ Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

únicamente riesgos derivados del trabajo para proteger a todos independientemente de si son o no trabajadores.

El sistema de Seguridad Social es, indiscutiblemente, uno de los principales instrumentos de redistribución de la riqueza y un sistema, a su vez, de garantía de la protección social de los trabajadores, que ayudan a estos en momentos difíciles en los que por una causa u otra no pueden trabajar como consecuencia de enfermedades, accidentes, edad o situaciones de desempleo; no obstante, pasando a proteger a otros colectivos; la Universalidad deja de un lado la profesionalidad a la hora de la protección de las personas pero no disminuye la protección de los trabajadores.

El sistema de Seguridad Social es un mecanismo de protección social por el que un Estado garantiza la protección necesaria a una serie de situaciones de las personas incluidas en su campo de aplicación, como pueden ser la jubilación, la enfermedad, el desempleo, la maternidad,... El principal ámbito de protección de la Seguridad Social es de naturaleza contributiva, en el que se protege a los trabajadores que realizan una actividad profesional y están afiliados al sistema así como a los familiares o personas que estos trabajadores tengan a su cargo pero el sistema de Seguridad Social protege también en el ámbito no contributivo a las personas que cumplan una serie de requisitos, si bien este nivel de protección suele ser más bajo en nuestro ordenamiento que el contributivo; tanto las situaciones protegidas como el funcionamiento de este sistema están regulados en la Ley General de

la Seguridad Social y sus principios generales están recogidos en el artículo 41 de la Constitución de 1978.

Se puede entender el sistema de Seguridad Social como “*el conjunto de normas y principios elaborados por el Estado con la finalidad de proteger las situaciones de necesidad de los sujetos*”⁴⁷⁸, eso sí, dejando de lado la necesidad de que, efectivamente, exista una relación de trabajo y que, por tanto, exista o no una contribución al sistema a través de las cotizaciones derivadas del mismo; pasamos a un sistema público y con tendencia a la Universalidad⁴⁷⁹ caracterizándose, obviamente, por la existencia de las prestaciones no contributivas⁴⁸⁰.

De todo esto podemos extraer tres notas características esenciales:

1. Estamos ante un sistema público donde el Estado está obligado a cubrir las necesidades de los sujetos necesitados de protección sin perjuicio de la colaboración de las entidades privadas.
2. Es un sistema de carácter mixto ya que conjuga prestaciones contributivas y prestaciones no contributivas.

⁴⁷⁸Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J., Vílchez Porras, M. (2005). *Sistema de Seguridad Social* (7ª edición). Madrid: Tecnos, 40 y ss.

⁴⁷⁹Aunque se podría decir que en este aspecto aún se está trabajando porque no existe una Universalidad al 100% dado que hay determinados casos que se quedan fuera del campo de aplicación de nuestro sistema.

⁴⁸⁰Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J., Vílchez Porras, M. (2005). *Sistema de Seguridad Social* (7ª edición). Madrid: Tecnos, 43.

3. Su finalidad es cubrir las situaciones de necesidad con la regulación de determinadas prestaciones intentando universalizar su ámbito subjetivo y su objetivo de aplicación.

Partiendo de una definición dada por William Beveridge en su tratado *“Pleno empleo en una sociedad libre”*⁴⁸¹, que establece la Seguridad Social como *“un conjunto de medidas que adopta el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejaran de presentarse por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que viven”*: debemos entender la Seguridad Social como un conjunto de normas y principios que adopta el Estado para, así, poder proteger a los ciudadanos contra ciertos riesgos; estos riesgos protegidos eran, hasta 1990, aquellos que surgían a las personas que desarrollaban una actividad profesional y que, por tanto, trabajaban y cotizaban para que se les reconociese dicha protección ya que eran ellos, con su cotización, los que suponían el sostenimiento económico del sistema de Seguridad Social; será a partir de la Ley 26/1990⁴⁸² cuando en nuestro Estado la protección alcanzará también a aquellos ciudadanos que no desarrollan actividad profesional y que, por tanto, no contribuyen al sostenimiento económico de la Seguridad Social⁴⁸³. Esta norma estableció la generalización de la

⁴⁸¹ Aunque fue el titulado *“Social Insurance and Allied Services”* el que sirvió de base a la gran reforma de la Seguridad Social británica llevada a cabo entre 1945 y 1948.

⁴⁸² Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, desarrollada por el RD 357/1991, de 15 de marzo.

⁴⁸³ Borrajo Dacruz, E., Instituto de Estudios Políticos. (1963). *La Seguridad Social*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

asistencia sanitaria y de las pensiones no contributivas que, en realidad serán *más asistenciales que universales, núcleo principal de la Seguridad Social no contributiva*⁴⁸⁴.

2.2 El modelo actual de Seguridad Social.

Ya ha quedado justificado a lo largo de estas páginas que el sistema de Seguridad Social español se basa en un sistema contributivo en el que los sujetos pueden tener acceso a las prestaciones a través de su contribución al mismo mediante sus cotizaciones, ahora bien, al mismo tiempo el sistema puede (y a mi parecer debe), ser un sistema Universal que consiga mitigar todas las situaciones de necesidad en las que puedan verse inmersos los sujetos (independientemente de su ciudadanía), eso sí, siempre teniendo en cuenta otra tipo de variantes como pueden ser las rentas percibidas o la necesidad sobrevenida en base al principio de solidaridad y, por tanto, al de Universalidad del sistema; el modelo español, por tanto, es un sistema de carácter *público y colectivo* intentando conseguir en gran medida el Estado de Bienestar que nuestra Carta Magna promulga que, obviamente, no hemos acabado de implantar por completo⁴⁸⁵.

Ya he mantenido, en diversas ocasiones, que el sistema actual de Seguridad Social tiene su base en el artículo 41 de la Constitución

⁴⁸⁴ Vida Soria, J. (2005). *Manual de Seguridad Social*. Madrid: Tecnos, 38.

⁴⁸⁵ García Díaz, M. A. (1996). La seguridad social en España: Situación actual y algunas reflexiones sobre su futuro. *Cuadernos De Relaciones Laborales*, (8), 85-105.

Española; la promulgación de nuestra Constitución en 1978 afecta, como es lógico, al sistema de Seguridad Social que existía hasta ese momento ya que las normas anteriores a su promulgación son insuficientes para poder dar cumplimiento a lo que se exige. No solo el artículo 41 hace mención o regula el derecho a la Seguridad Social o el sistema de Seguridad Social (como ya se vio en el capítulo anterior), sino que muchos otros artículos de la Constitución configuran, poco a poco, nuestro sistema. Así, por ejemplo, el artículo 149.1.17⁴⁸⁶ establece la competencia exclusiva del Estado en cuanto a legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social sin perjuicio de su ejecución por parte de las Comunidades Autónomas; el artículo 129.1⁴⁸⁷ del texto constitucional exhorta al Estado a establecer las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y el artículo 25.2⁴⁸⁸ menciona el derecho a trabajo remunerado y quienes son los beneficiarios del sistema en relación a los internados en centros penitenciarios; además, la Constitución, hace referencia en otros preceptos que regulan aspectos íntimamente relacionados con el sistema de Seguridad Social como, por ejemplo, la protección

⁴⁸⁶ "1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 17ª. Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas."

⁴⁸⁷ "La ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general."

⁴⁸⁸ "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los Derechos Fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad."

económica de la familia regulada en el artículo 39⁴⁸⁹, la protección de la salud del artículo 43⁴⁹⁰, el tratamiento y rehabilitación de disminuidos físicos del artículo 49⁴⁹¹ y la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad del artículo 50⁴⁹².

El mandato constitucional no estaba completo hasta la promulgación de la Ley de prestaciones no contributivas⁴⁹³ que fue la que, finalmente, configuró por completo el sistema de protección de la Seguridad a través de la modalidad contributiva y la no contributiva.

Cierto es que el modelo de Seguridad Social no nace, únicamente, a partir del artículo 41 de la Constitución Española; así no se acepta un único modelo de Seguridad Social, sino que la Constitución establece la obligatoriedad del Estado de promover y garantizar el sistema pero no cierra posibilidades para la evolución positiva del mismo; obviamente lleva implícito, este artículo 41 de la Constitución Española,

⁴⁸⁹ "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

⁴⁹⁰ "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio."

⁴⁹¹ "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos."

⁴⁹² "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio."

⁴⁹³ Ley 26/1990, de 20 de diciembre.

el carácter público del sistema pero no establece impedimentos para otro tipo de sistema del mismo; en palabras del Tribunal Constitucional solo impide⁴⁹⁴ *“que se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución de la Seguridad Social”*⁴⁹⁵.

Así pues, dentro de los límites que se establecen, distintos modelos o distintos planteamientos sobre el sistema de Seguridad Social son totalmente admisibles *“sin que, en particular y en todo caso, la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos constituya un imperativo jurídico”*⁴⁹⁶.

Actualmente, la acción protectora de nuestro sistema de Seguridad Social parte de la protección integral y universalizada que incluye la asistencia sanitaria, la protección familiar, los servicios sociales y, en ocasiones, el subsidio por desempleo; a este tipo de protección van a tener derecho de acceso todos los ciudadanos en igualdad de condiciones independientemente de su anterior contribución o no al sistema; así ya se dejan entrever los dos sistemas de protección que conforman nuestro sistema de Seguridad Social: el contributivo y el no contributivo; no debemos olvidar que para tener el cuadro completo que conforma nuestro sistema de Seguridad Social hay que incluir el nivel complementario (de carácter libre), que incluye, por ejemplo, la asistencia sanitaria a través de seguros médicos privados o los fondos

⁴⁹⁴ cw.uc3m.es/derecho-social-e-internacional-privado/derecho-de-la-seguridad-social/lecturas/sistemanormativo.pdf. *“El sistema normativo del derecho a la Seguridad Social español”*. 13/08/2015.

⁴⁹⁵ STC 37/1994, de 10 de febrero en su Fundamento Jurídico 4.

⁴⁹⁶ SSTC38/1995, de 13 de febrero en su Fundamento Jurídico 2 y 77/1995, de 20 de mayo en su Fundamento Jurídico 4.

de pensiones. Así pues, dentro de nuestro sistema de Seguridad Social se deberá analizar tanto el nivel contributivo como el nivel no contributivo.

Si se tienen en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en sus sentencias 65/1987 de 21 de mayo, 208/1988 de 10 de noviembre y 75/1991 de 11 de abril, se puede concebir el sistema de protección social español como un sistema dual, es decir, constituidos por el nivel mínimo y obligatorio que la Constitución Española configura como función estatal y de naturaleza pública⁴⁹⁷ y que, por tanto, no puede ser gestionado por sujetos privados y, por otro lado, un nivel complementario, libre y voluntario, que sí podrá ser gestionado y administrado por sujetos privados⁴⁹⁸.

El artículo 2 del TRLGSS distingue la protección que se obtiene por realizar una actividad profesional (nivel contributivo), de la que se puede obtener por cumplir los requisitos en la modalidad no contributiva. En la primera la extensión de su campo de aplicación va a adecuarse a determinados sujetos, en este caso, a los que realicen un trabajo por cuenta propia o ajena y, por tanto, quedan incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social⁴⁹⁹ (o en cualquier otro de los existentes dependiendo del trabajo que realicen), mientras que el nivel no contributivo otorga su protección al ciudadano que carece de

⁴⁹⁷ Lo que resalta, una vez más, que este nivel mínimo es función típica y exclusiva de los poderes públicos del Estado.

⁴⁹⁸ Sánchez-Urán Azaña, Y. (1995). *Seguridad social y constitución*. Madrid: Civitas, 57 y ss.

⁴⁹⁹ Excepto en los casos en los que el trabajador deba ser incluido en otro campo de aplicación por las características del trabajo que realiza (trabajadores autónomos, trabajadores del mar,...).

recursos independientemente de que éste realice o no actividad profesional y, por tanto, se hace innecesario que haya sido afiliado del sistema de Seguridad Social⁵⁰⁰.

Es importante resaltar que nuestro actual sistema de Seguridad Social era originariamente profesionalizado heredero de los tradicionales sistemas de previsión social y, por tanto, de los seguros sociales obligatorios, pero también es cierto que una de sus tendencias fundamentales es la universalización del mismo con una clara orientación de marcada deslaboralización⁵⁰¹ del mismo y así lo establece la STC 3/1993, de 14 de enero, en su fundamento jurídico número 2: *“El artículo 41 de la Constitución hace un diseño de la Seguridad Social con vocación universalista en el área de la protección básica”*.

No hay que olvidar que la aprobación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas supuso un antes y un después en nuestro sistema de Seguridad Social ya que, hasta ese momento, los únicos sujetos protegidos eran aquellos que se encontraban en situación de alta en el sistema en base a una relación profesional; a partir de dicha ley podría acceder al sistema cualquier ciudadano que resida en España⁵⁰², lo que supuso un gran avance

⁵⁰⁰ Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi, 105-108.

⁵⁰¹ Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. (2015). *Manual de Seguridad Social* (11ª edición). Madrid: Tecnos, 90.

⁵⁰² Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J., Vílchez Porras, M. (2005). *Sistema de Seguridad Social* (7ª edición). Madrid: Tecnos, 71.

para que nuestro sistema se aproximara, cada día más, a la universalización del mismo⁵⁰³.

2.2.1 El nivel contributivo.

El nivel contributivo es aquél por el que el Estado garantiza a todas las personas que estén realizando o hayan realizado una actividad profesional y que hayan contribuido al sistema en los términos exigidos (y a sus familiares en su caso), la protección adecuada cuando sufra una de las contingencias protegidas. Para todas estas contingencias, por tanto, se exige que el sujeto esté o haya estado afiliado al sistema de Seguridad Social y en situación de alta en el mismo. Se trata pues de un nivel de derecho estricto, contributivo, dependiente en general de la cotización del protegido (o del empresario en su caso)⁵⁰⁴.

El nivel contributivo lo podríamos definir, por tanto, como un nivel de base profesional que depende directamente de las cotizaciones realizadas o del deber de cotizar, por el individuo durante su vida laboral, generando así un derecho estricto a las prestaciones cuando el

⁵⁰³ Es cierto que aún queda mucho camino por delante para poder conseguir la Universalidad total del mismo ya que quedan muchos sujetos fuera del ámbito de aplicación, ya que, por ejemplo, muchos extranjeros quedan fuera del ámbito de aplicación del sistema, seguramente, pensando en motivos exclusivamente de carácter financiero.

⁵⁰⁴ Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J. L. (2002). *Instituciones de Seguridad Social* (18a rev edición). Madrid: Civitas, 50.

riesgo se convierta en contingencia y que se financia a través de los presupuestos de la Seguridad Social⁵⁰⁵.

Podemos hablar de la inclusión en el sistema de Seguridad Social desde dos vertientes: la delimitación positiva (inclusión en el sistema), y la delimitación negativa (exclusión del sistema)⁵⁰⁶; así pues dentro de la inclusión en el sistema podemos encontrar el supuesto general de los trabajadores por cuenta ajena o propia regulados en el artículo 7 del TRLGSS y a los trabajadores incluidos por la técnica de la asimilación⁵⁰⁷ que vienen regulados en los artículo 136 del TRLGSS⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ Alonso-Olea García, B. (2013). *Derecho de la protección social: Derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*. Cizur Menor Navarra: Civitas; Thomson Reuters, 36.

⁵⁰⁶ Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. (2015). *Manual de Seguridad Social* (11ª edición). Madrid: Tecnos, 99.

⁵⁰⁷ Según Monereo Pérez, J.L. se define como *“Determinados colectivos profesionales pueden tener acceso al Régimen General sin reunir necesariamente la condición técnico-jurídica de trabajador por cuenta ajena...Un sujeto que no tiene la condición de sujeto protegido y perteneciente a una determinada actividad profesional se integra...en el Régimen General asumiendo desde entonces la cualidad de sujeto protegido.”*

⁵⁰⁸ *“Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares, el personal civil no funcionario dependiente de organismos, servicios o entidades del Estado, el personal civil no funcionario al servicio de organismos y entidades de la Administración Local, los laicos o seculares que presten servicios retribuidos en los establecimientos o dependencias de las entidades o instituciones eclesiásticas, Las personas que presten servicios retribuidos en las entidades o instituciones de carácter benéfico-social, el personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la Propiedad y demás oficinas o centros similares, los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos o Escalas de funcionarios que no estén sujetos al Régimen de Clases Pasivas y los altos cargos de las Administraciones Públicas que no sean funcionarios públicos, así como los funcionarios de nuevo ingreso de las Comunidades Autónomas, los funcionarios del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en Cuerpos o Escalas propios de la Comunidad Autónoma de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso, los miembros de las corporaciones locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares que desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma, los cargos representativos de los Sindicatos, los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuya participación en el capital social se ajuste a lo establecido en el artículo 1.2.b) de la Ley de Sociedades Laborales y Participadas y no posean el control de la sociedad en los términos previstos por la disposición adicional*

En cuanto a la delimitación negativa del sistema, es decir, la exclusión dentro del mismo, vienen reguladas en el artículo 137 del TRLGSS y establece los trabajos familiares, los trabajos amistosos, los trabajos marginales y los socios sin actividad empresarial o profesional.

En lo que al campo de aplicación del nivel contributivo del sistema español de Seguridad Social se refiere podemos establecer las siguientes prestaciones⁵⁰⁹:

1. Asistencia sanitaria.
2. Prestaciones económicas que sustituyan la renta profesional dejada de percibir a causa de determinadas contingencias (incapacidad temporal, maternidad, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia y desempleo).
3. Prestaciones económicas de carácter familiar.
4. Los servicios sociales cuando los mismos derivan de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Es cierto que existen determinadas contingencias que, además de exigir que el trabajador esté de alta en el sistema de Seguridad Social, exigen haber cotizado por un determinado tiempo antes de poder optar

vigésima séptima bis de esta ley y cualesquiera otras personas que, en lo sucesivo y por razón de su actividad, sean objeto, por Real Decreto a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, de la asimilación prevista en el apartado 1 de este artículo”.

⁵⁰⁹ Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi, 108 y ss.

a las mismas; es el caso de la Incapacidad Temporal, la Maternidad, la Incapacidad Permanente, Jubilación, Muerte y Supervivencia y Desempleo⁵¹⁰.

2.2.2 El nivel no contributivo.

El nivel no contributivo es aquel por el que el Estado garantiza a las personas la protección adecuada cuando sufra una de las contingencias protegidas sin el requisito de la existencia de una cotización o contribución previa. Podríamos decir que se trata de un nivel sustancialmente asistencial que queda representado por las prestaciones no contributivas y con el que se pretende conseguir la total universalización del sistema⁵¹¹.

Estas situaciones protegidas son la asistencia sanitaria y farmacéutica, las pensiones no contributivas de jubilación o invalidez, prestaciones por razón de necesidad, pensión asistencial de necesidad, prestaciones familiares económicas, subsidios por desempleo, subsidio no contributivo por maternidad y servicios sociales⁵¹².

Este nivel que debería garantizar una protección suficiente a cualquier ciudadano en situación de necesidad, por el mero hecho de serlo, no está todavía hoy bien definido en nuestro sistema de tal modo que

⁵¹⁰ Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi, 108 y ss.

⁵¹¹ Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J. L. (2002). *Instituciones de Seguridad Social* (18a rev edición). Madrid: Civitas, 50

⁵¹² Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi, 124 y ss.

permita la aplicabilidad deseada ya que todavía se sigue dependiendo de que el individuo reúna determinados requisitos legales para acceder a las prestaciones protegidas dentro de este nivel⁵¹³.

Debemos resaltar que este tipo de prestaciones no se dirigen a cubrir cualquier situación de necesidad sino que sólo se basan en la incapacidad permanente, la jubilación, el desempleo, la protección familiar y la asistencia sanitaria y que, por tanto, su ámbito objetivo de cobertura es bastante limitado⁵¹⁴, si bien es cierto que muchas de estas prestaciones, a día de hoy, cuentan con su vertiente contributiva y su vertiente no contributiva.

De todo lo anterior se extraería que se trata de un nivel de base universal, siguiendo el modelo de Beveridge, ya que se concede a aquellos que no han cotizado nunca o lo han hecho de manera insuficiente para poder acceder a la prestación contributiva⁵¹⁵ siempre y cuando se acredite una situación de necesidad, financiándose a través de los Presupuestos Generales del Estado⁵¹⁶ y pretendiendo garantizar, s; ahora bien, aun persiguiendo la Universalidad del sistema es cierto que únicamente se ocupa nuestro sistema de determinadas situaciones de necesidad, dejando (en su nivel no contributivo), otras situaciones al

⁵¹³Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. (2015). *Manual de Seguridad Social* (11ª edición). Madrid: Tecnos, 91.

⁵¹⁴Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J., Vílchez Porras, M. (2005). *Sistema de Seguridad Social* (7ª edición). Madrid: Tecnos, 37.

⁵¹⁵Se debe recordar que el acceso a las prestaciones no es total sino que se ve limitado a prestaciones sanitarias y prestaciones económicas por desempleo, invalidez, jubilación, prestaciones familiares y complementos por mínimos.

⁵¹⁶Alonso-Olea García, B. (2013). *Derecho de la protección social: Derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*. Cizur Menor Navarra: Civitas; Thomson Reuters, 40.

margen de la protección por lo que ya se entrevé el carácter de Universalidad relativa de nuestro sistema de Seguridad Social.

2.2.3 El nivel complementario.

El nivel complementario (voluntario), tiene carácter libre y está constituido principalmente por las Entidades de Previsión Social y los Fondos de Pensiones. Su cobertura es voluntaria y la contratación es libre. El contenido prestacional de esta modalidad, está constituido básicamente por prestaciones asistenciales y económicas y están prestadas por entidades privadas que el propio interesado contrata a su deseo.

En referencia a este nivel hay que destacar que, aunque es cierto que se trata de un nivel voluntario, suelen ser coberturas excesivamente caras para las rentas medias y, por ende, para los jóvenes y que, obviamente, no puede cubrir bajo ningún concepto, los objetivos sociales de nuestro sistema de Seguridad Social ya que no cumplen con requisitos tan básicos como son generalizar la cobertura de las prestaciones a toda la población, ni tiene en cuenta el principio de solidaridad⁵¹⁷.

La existencia de este nivel complementario de la Seguridad Social se puede entender con carácter adjunto a un sistema suficiente y siempre entendiendo que la presencia del mismo no implica la no presencia del

⁵¹⁷Aramburu, J., Canals, A. (2014). La situación y el debate sobre la previsión social complementaria en España. *Ekonomiaz: Revista Vasca De Economía*, (85), 65-94.

sistema de carácter público que el mismo artículo constitucional consagra; pero el legislador no se centró en el control del mismo y dejó que se realizase a través de los seguros privados, los planes y fondos de pensiones y las mutualidades de previsión social pero no parece posible que el nivel complementario (privado y voluntario), vaya a suponer peligro alguno para el sistema público de Seguridad Social más si cabe haciendo una lectura detallada de las primeras frases del artículo 41 de la Constitución Española ya que esta obliga a los poderes públicos a promover un *régimen público* de Seguridad Social⁵¹⁸.

2.2.4 Normas generales del sistema de Seguridad Social español.

Es preciso partir del artículo 1.1⁵¹⁹ de la Constitución Española de 1978 que constituye nuestro país en un “*Estado Social y Democrático de Derecho*” y que, por tanto, contiene un catálogo de derechos sociales y económicos muy extenso, lo que hace necesario, sin lugar a dudas, que aparezca el derecho a la Seguridad Social⁵²⁰.

⁵¹⁸Fernández Orrico, F. J. (2004). La seguridad social en el XXV aniversario de la constitución. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (49), 127-170.

⁵¹⁹ Artículo 1.1 de la Constitución Española: “*España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*”.

⁵²⁰Alarcón Caracuel, M. R., González Ortega, S. (1991). *Compendio de Seguridad Social*. (4ª renovada edición). Madrid: Tecnos, 47.

El artículo 1.1 de la Constitución Española nos envía directamente (en el caso que me ocupa), a lo consagrado en el artículo 41⁵²¹ de la Constitución Española ya que por su ubicación dentro de la Constitución Española⁵²² y de acuerdo con el artículo 53.3⁵²³ de la misma, no se otorga directamente a los ciudadanos un derecho a la Seguridad Social, sino que éste sólo existirá desde el momento en el que el legislador haya creado el sistema de Seguridad Social que estoy tratando en el presente trabajo.

Las consecuencias directas son, en primer lugar, que el legislador ordinario no puede hacer desaparecer el sistema de Seguridad Social⁵²⁴, en segundo lugar, que él es el que debe organizar el sistema según las directrices dadas por el artículo 41 de la Constitución Española y, por último, que las normas infraconstitucionales deben ser interpretadas según los principios enunciados en dichos artículos⁵²⁵. En relación a esto se expresó el Tribunal Constitucional en STC 19/1982, de 5 de mayo, donde afirmaba que lo establecido en el artículo 53.3 de la Constitución Española “...impide considerar a tales principios como normas sin contenido y (que el artículo 53.3 Constitución Española),

⁵²¹ Artículo 41 de la Constitución Española: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.”

⁵²² Capítulo III del Título I dedicado a “Los Principios rectores de la política social y económica”.

⁵²³ Artículo 53.3 de la Constitución Española: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los Principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

⁵²⁴ Alarcón Caracuel, M. R., González Ortega, S. (1991). *Compendio de Seguridad Social*. (4ª renovada edición). Madrid: Tecnos, 48.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 48.

obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de la ley”.

Siguiendo el mandato del artículo 41⁵²⁶ de la Constitución Española de 1978 el TRLGSS establece el derecho de los españoles a la Seguridad Social (artículo 1 TRLGSS); se dispone que será el citado cuerpo legislativo el encargado de regular el modo en el que se materialice dicho derecho teniendo en cuenta y aplicando los principios que rigen el sistema de Seguridad Social español (Universalidad, unidad, solidaridad e Igualdad; consagrados en el artículo 2 TRLGSS) y creando (tal y como se desprende de lo estudiado en el apartado referente a la Constitución Española de 1978 y, en concreto, en su artículo 41), dos modalidades de Seguridad Social: la contributiva y la no contributiva (y alternativamente y de forma complementaria, la voluntaria).

Atendiendo de nuevo al mismo mandato constitucional, el Estado es el encargado de velar por la garantía del derecho a la Seguridad Social en ambas modalidades y de dar la protección adecuada a asegurados y sus familias (o asimilados a estas), en lo que respecta a las prestaciones y demás situaciones enumeradas en el TRLGSS (que se desarrollarán más adelante en el apartado correspondiente).

Es un sistema obligatorio: como en muchos otros ámbitos del derecho laboral en el derecho de la Seguridad Social rige el principio de

⁵²⁶ Monereo Pérez, J.L. *Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico: Actualizado con las novedades introducidas por la ley 402007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social* (2008). Granada: Comares. 368.

irrenunciabilidad de derechos; dicho principio es el que limita el derecho de autonomía de la voluntad de las partes (un principio clásico del derecho civil), es decir, no permite que ningún trabajador se prive voluntariamente de este tipo de derechos y, por tanto, no se puede negociar dejarlos sin aplicación y así se establece en el artículo 3 del TRLGSS que declara nulo todo pacto (tanto individual como colectivo), que haga que el trabajador renuncie al derecho a la Seguridad Social.

Mirándolo desde el punto de vista de otro ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social español, y en concreto desde las prestaciones contributivas, independientemente de su sexo, estado civil o profesión, todos los españoles que residen en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España si ejercen su actividad en territorio nacional, tendrán derecho a lo que la ley establezca para dichos casos (artículo 7 del TRLGSS).

Para poder acceder a dichos derechos los trabajadores deben estar incluidos dentro de uno de los siguientes supuestos:

- a) Trabajadores por cuenta ajena dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.1 del ET⁵²⁷ independientemente de su tipo de contrato, la categoría profesional, la forma y cuantía de la remuneración y la naturaleza común o especial de su relación laboral⁵²⁸.

⁵²⁷ Estatuto de los Trabajadores.

⁵²⁸ Artículo 1.1 del E.T.: "La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de

- b) Trabajadores por cuenta propia o autónomos y mayores de 18 años.
- c) Socios trabajadores de Cooperativas de trabajo asociado.
- d) Estudiantes.
- e) Funcionarios públicos, civiles y militares.

Es de destacar que, dado el carácter que tiene el sistema de Seguridad Social español, todos los españoles residentes en territorio nacional⁵²⁹ tienen derecho a las prestaciones no contributivas, así como los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español y en cuanto a las personas con otras nacionalidades se estará a lo dispuesto en los Tratados, Convenios o Acuerdos suscritos con sus países de origen⁵³⁰ ; esto se deriva del artículo 1 de la propia Constitución Española que caracteriza el Estado español como un *“Estado Social y Democrático de Derecho”* y del mandato derivado del anteriormente estudiado artículo 41 de la Constitución Española.

organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”

⁵²⁹ Al igual que los residentes comunitarios.

⁵³⁰ Debemos tener en cuenta que la Ley 4/2000, de 11 de enero, modificada por LO 8/2000 de 22 de diciembre sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social dispone en su artículo 14 (referente a la Seguridad Social), que *“Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicio de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”*.

Se deja abierta la posibilidad en el artículo 7.4 del TRLGSS de que el Gobierno establezca cierta protección enfocada hacia los españoles no residentes en España estudiando, llegado el caso, las características de los países en los que residan.

Es importante destacar aquí que estamos ante una realidad social que, cada vez en mayor medida, lleva a la inmigración de españoles a otros territorios dada la crisis económica en la que el país lleva inmersa desde hace varios años por lo que sería necesario una buena y completa regulación en esta materia.

Llama la atención lo que el propio texto hace en su artículo 7.6 con respecto a una especialidad y es que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y oídos los sindicatos más representativos o el Colegio Oficial correspondiente puede excluir del campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social correspondiente a aquellas personas cuyo trabajo por cuenta ajena y en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida.

Es el artículo 42 del TRLGSS el que realiza la enumeración de la acción protectora del sistema de Seguridad Social español quedando del siguiente modo:

1. La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.

2. La recuperación profesional.

3. 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, invalidez en sus modalidades contributiva y no contributiva, jubilación en sus modalidades contributiva y no contributiva, desempleo en sus modalidades contributiva y asistencial, muerte y supervivencia.

4. Prestaciones familiares a nivel contributivo y no contributivo.

5. Prestaciones de servicios sociales.

Se establecen, del mismo modo y como complementos, los beneficios de acción social.

Se instituye un sistema de mejoras voluntarias (dentro de la modalidad contributiva), al sistema de Seguridad Social español (artículo 43 TRLGSS), para todas las personas comprendidas en el ámbito de aplicación establecido en el apartado 1 del artículo 7 de la misma ley⁵³¹, pero aclara que se realizará en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del RG⁵³² y de los RREE⁵³³.

⁵³¹ Artículo 7.1 TRLGSS: “Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado

Es el artículo 44 del TRLGSS el que se encarga de ciertos caracteres de las prestaciones de la Seguridad Social y, en concreto, este artículo establece que no pueden ser objeto de retenciones, cesión total o parcial, compensación o descuento:

1. Las prestaciones de la Seguridad Social.
2. Los beneficios de los servicios sociales de la Seguridad Social.
3. Los beneficios de la asistencia social.

Se establecen tres excepciones al precepto en las que no será de aplicación en ningún caso y son las siguientes:

1. En orden al cumplimiento de las obligaciones alimentarias a favor del cónyuge e hijos.

civil y profesión, los españoles que 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 y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:

Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el *artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores* en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, y con independencia, en todos los casos, de la categoría profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral. Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de dieciocho años, que reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen reglamentariamente. Socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado. Estudiantes. Funcionarios públicos, civiles y militares.”

⁵³² Régimen General de la Seguridad Social.

⁵³³ Regímenes Especiales de la Seguridad Social.

2. Cuando se trate de obligaciones contraídas por el beneficiario dentro de la Seguridad Social.

3. Aunque se ha señalado que las prestaciones de la Seguridad Social no están sujetas a retenciones sí que establece el sometimiento de estas a tributación de la forma establecida en las normas reguladoras de cada impuesto.

Este artículo 44 del TRLGSS establece, como he dicho, los “caracteres de las prestaciones” que serán de aplicación para todo el catálogo de prestaciones de la Seguridad Social tanto en su nivel contributivo como en el no contributivo y en el asistencial y en todos los regímenes. La finalidad de este artículo es, sin duda, garantizar la percepción íntegra de las prestaciones por sus beneficiarios consiguiendo así cumplir con el principio de suficiencia del artículo 41 de la Constitución Española, en el que se establece que los poderes públicos deberán mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos y garantizar la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad⁵³⁴ y reforzando el carácter obligatorio e irrenunciable de la protección del sistema.

El artículo 44 del TRLGSS habla de la responsabilidad de las entidades gestoras de la Seguridad Social en cuanto a gestión de las

⁵³⁴ Aguilera Izquierdo, R., Rodríguez Cardo, I. A., García Murcia, J., y Castro Argüelles, M. A. (2009). *Legislación histórica de previsión social: En el centenario del instituto nacional de previsión: Textos y comentarios* (1a edición). Cizur Menor Navarra: Aranzadi. 332.

prestaciones a las que se refiere. Este precepto *tiene por objeto regular el sujeto responsable del pago de las prestaciones de la Seguridad Social...en la misma se hace efectivo el objetivo último del sistema de protección de las situaciones de necesidad ex artículo 41 Constitución Española*⁵³⁵.

⁵³⁵ Aguilera Izquierdo, R., Rodríguez Cardo, I. A., García Murcia, J., y Castro Argüelles, M. A. (2009). *Legislación histórica de previsión social: En el centenario del instituto nacional de previsión: Textos y comentarios* (1a edición). Cizur Menor Navarra: Aranzadi. 332.

3. LOS PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

3.1 Introducción.

Se pueden definir los principios de la Seguridad Social como *“los enunciados de carácter general planteados como ideales a alcanzar por un modelo de Seguridad Social”*⁵³⁶.

Los principios de la Seguridad Social vienen reconocidos y enunciados en el apartado 1 del artículo 2 del TRLGSS que reza *“El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de Universalidad, unidad, solidaridad e Igualdad.”*

Una vez aprobado el texto constitucional en 1978 surgió la duda de cómo deberían materializarse los principios de la Seguridad Social marcados en dicho texto, ya que el sistema necesitaba de una modernización sustantiva para poder adaptarse a la Constitución Española si bien es cierto que se ha llegado a afirmar que se *“...despreció la oportunidad histórica de remodelar el sistema de Seguridad Social, prefiriendo mantener casi en su totalidad el modelo de 1963”*, aunque es indiscutible que el constituyente de 1978 no exhortó a la creación de un nuevo sistema de Seguridad Social, sino

⁵³⁶www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica8/art3.pdf. “Los Principios de la Seguridad Social”. Calvo León, Jorge Iván. (16/08/2015).

que requirió a los poderes públicos que *mantuviesen o conservasen* el mismo, eso sí, intentando adaptarlo a los principios constitucionales⁵³⁷.

Los principios de la Seguridad Social son, al fin y al cabo, las bases sobre las que se va a crear y asentar el sistema completo y, por ende, los criterios básicos para la interpretación de las normas que componen el sistema. Estos principios tienen especial importancia, también, en orden a realizar la evaluación de un modelo de Seguridad Social y determinar los ajustes necesarios para garantizar la supervivencia del sistema mismo⁵³⁸.

Los principios de la Seguridad Social son ideas básicas que establecen cómo debe ser nuestro sistema de Seguridad Social: son las bases o pilares sobre los que debe asentarse nuestro sistema de Seguridad Social; éstos actúan de asiento para la consecución del fin, un fin que, sin lugar a dudas, fija su objetivo en la atención suficiente ante los estados de necesidad que puedan sufrir los ciudadanos.

El mismo artículo 2 del TRLGSS en su apartado 2 establece la obligación del Estado de proporcionar la protección adecuadas a las personas que puedan ser beneficiarias del sistema tanto en su modalidad contributiva como en su modalidad no contributiva (y a los familiares de éstas); diciendo que *“El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las*

⁵³⁷Fernández Orrico, F. J. (2004). La seguridad social en el XXV aniversario de la constitución. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (49), 127-170.

⁵³⁸Alarcon Caracuel, M.R., “Los Principios jurídicos de la Seguridad Social.” En López López, J. y Chacartegui Jávega, C., (2005). *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*. Albacete: Bomarzo, 17-36.

modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley.”

La solidaridad y la Igualdad son principios que aparecen en numerosas ocasiones en nuestro ordenamiento jurídico pero se podría decir que la Universalidad y la unidad son principios esenciales *“de la Seguridad Social, que no en vano se concibe como una función del Estado⁵³⁹”*.

El sistema de Seguridad Social español se basa en la configuración de dos modalidades, como ya se expuso en apartados anteriores, la contributiva y la no contributiva y se fundamenta en los principios que el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social proclama.

El artículo 2 del TRLGSS, además de los principios rectores de la Seguridad Social, ha querido también matizar el alcance material y personal del sistema, mostrándonos la ideología que subyace y el objetivo que se pretende seguir o los valores sociales que se quieren plasmar pero que, en realidad, tienen poca trascendencia en cuanto a la configuración real del mismo. Lo que sí expresa el artículo 2 del TRLGSS es *“... que nuestro sistema se adhiere formalmente al modelo universal de Seguridad Social, que contiene dos grandes cauces de protección (contributivo y no contributivo), que va más allá de los ámbitos estrictamente profesionales (al irradiar su protección a*

⁵³⁹ Aguilera Izquierdo, R., Rodríguez Cardo, I. A., García Murcia, J., Castro Argüelles, M. A. (2009). *Legislación histórica de previsión social: En el centenario del instituto nacional de previsión: Textos y comentarios* (1a edición). Cizur Menor Navarra: Aranzadi, 26.

familiares y, más aún a personas asimiladas), y que a la hora de la verdad ciñe su acción protectora a las contingencias y situaciones tipificadas por la ley⁵⁴⁰”.

Los principios en los que se basa el sistema de Seguridad Social actualmente en España no son más que el reflejo del anteriormente referido Informe de Beveridge de mediados del siglo XX; estos mismos principios existen por la mera razón de que son la base del modelo Universal⁵⁴¹ y que, además, podemos deducirlos como necesarios si realizamos una lectura profunda del artículo 41 de la Constitución Española en el que se habla de “...un régimen público (unidad), para todos los ciudadanos (Universalidad e Igualdad), con prestaciones suficientes...(solidaridad)⁵⁴²...”.

Aunque es el artículo 2 del TRLGSS el que establece los principios básicos del sistema de Seguridad Social actual se debe destacar que, además, existen otros preceptos de la ley que hacen referencia a otros principios no formales ni derivados del citado artículo pero que sí suponen un sustento del sistema de Seguridad Social, como pueden ser la separación de las fuentes de financiación o la publicación, en el artículo 109 del TRLGSS, la contributividad, proporcionalidad o equidad

⁵⁴⁰ Aguilera Izquierdo, R., Rodríguez Cardo, I. A., García Murcia, J., Castro Argüelles, M. A. (2009). *Legislación histórica de previsión social: En el centenario del instituto nacional de previsión: Textos y comentarios* (1a edición). Cizur Menor Navarra: Aranzadi, 25.

⁵⁴¹ O modelo anglosajón, por su lugar de origen o de mayor difusión formal.

⁵⁴² Aguilera Izquierdo, R., Rodríguez Cardo, I. A., García Murcia, J., Castro Argüelles, M. A. (2009). *Legislación histórica de previsión social: En el centenario del instituto nacional de previsión: Textos y comentarios* (1a edición). Cizur Menor Navarra: Aranzadi, 26.

que vinieron dados por los Pactos de Toledo⁵⁴³ y ratificados por la STC 253/2004, de 22 de diciembre, etcétera.

Seguidamente estudiare los principios esenciales en materia de Seguridad Social que se dan en nuestro Sistema.

3.2 La Publicación Institucional.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 41 de la Constitución Española desde el momento en el que establece “*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social...*”.

Se debe recordar que la Seguridad Social es una función esencial del tipo de Estado por el que ha optado España en su Constitución de 1978, un Estado social y democrático de derecho siendo así un pilar básico en el Estado de Bienestar y, por tanto, es lógico que sean los poderes públicos los que deban velar por el sistema; algo impensable sería, por ejemplo, la privatización de la Seguridad Social ya que se estaría violando directamente el texto constitucional.

Si se analiza en profundidad el sentido de dicho principio veremos que se basa no solo en la organización del propio sistema sino también en su gestión y su financiación así como en la organización de su contenido prestacional⁵⁴⁴.

⁵⁴³ En 1995.

⁵⁴⁴ Alarcón Caracuel, M. R., González Ortega, S. (1991). *Compendio de Seguridad Social. (4ª renovada edición)*. Madrid: Tecnos, 66.

Queda más que justificado, por tanto, que la Seguridad Social es una función exclusiva y típica del Estado⁵⁴⁵ y, partiendo de lo anterior, es un mecanismo de protección de los riesgos sociales de naturaleza pública⁵⁴⁶.

No debemos olvidar que el modo en el que el Estado garantiza el sistema es desde una doble vertiente: por un lado respetando y consagrando el sistema y, por otro financiándolo; si hablamos de la financiación se hace preciso recordar que las dos fuentes básicas de financiación del sistema son los Presupuestos Generales del Estado y las cuotas de las personas afiliadas al sistema (o los empresarios empleadores en su caso).

Ya hice mención anteriormente al sistema voluntario reconocido en la Constitución Española; dicho nivel complementario, obviamente, no debe estar gestionado ni protegido por el Estado ya que su carácter voluntario hace que cada individuo decida si quiere o no optar a él y se utiliza, de manera general, como complemento al sistema de Seguridad Social garantizado como público y gratuito en nuestra Constitución Española.

3.3 El principio de Universalidad.

Es uno de los principios más característicos de la Seguridad Social que podría entenderse como aplicable al ámbito subjetivo del sistema de

⁵⁴⁵ Es decir, de los poderes públicos.

⁵⁴⁶ Sánchez-Urán Azaña, Y. (1995). *Seguridad social y constitución*. Madrid: Civitas, 59.

Seguridad Social. Este principio aparece como contraposición al criterio de profesionalidad del sistema anterior dando paso, con su inclusión, a la superación del sistema profesional para convertir nuestro sistema en un sistema universal⁵⁴⁷. Este principio, junto con el de Igualdad que trataré en un apartado posterior, serán la base del tercer capítulo de esta tesis por la importancia a la hora de determinar la realidad del Estado social de derecho del que, en teoría, disfrutamos en España.

Este principio es uno de los fundamentales, sobre todo en el trabajo que me ocupa; es el que presupone y amplía el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social a toda la población independientemente de sus características personales o laborales porque, lógicamente, no podemos establecer en el texto constitucional un sistema de Seguridad Social público y Universal (para todos los ciudadanos), sin crear un sistema que tenga tanto pensiones contributivas como pensiones no contributivas⁵⁴⁸.

El principio de Universalidad, en cuanto a la Seguridad Social se refiere, es un término que posee una doble vertiente: por un lado el *reconocimiento del derecho a la protección por parte de la totalidad de la población (Universalidad subjetiva)*, y por otro lado *el favorecimiento de la cobertura de todas las situaciones de necesidad (Universalidad objetiva)*⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ Al modelo de Beveridge.

⁵⁴⁸ Escudero Rodríguez, R. (1991). Una norma de envergadura; la ley de prestaciones no contributivas de la seguridad social. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (1), 915-1002.

⁵⁴⁹ Fernández Orrico, F. J. (2004). La seguridad social en el XXV aniversario de la constitución. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (49), 127-170.

Establece que toda persona tiene derecho a vivir con salud aún con medios económicos mínimos y exenta del temor de que, produciéndose un infortunio, no pueda disponer de los medios de protección suficientes.

El principio de Universalidad señala que todos los habitantes de un país deben estar en el ámbito del sistema de Seguridad Social. Es cierto que en nuestro sistema todavía no hemos llegado a una Universalidad total, esa Universalidad emanada del artículo 41 de la Constitución Española, pero también es cierto que poco a poco se va tratando de introducir nuevos grupos de ciudadanos cubiertos, pero debo destacar que, aunque se ha intentado conseguir en parcelas del derecho a la Seguridad Social, en este caso, tal y como veremos en el siguiente capítulo, la Universalidad sigue siendo relativa en el derecho a la asistencia sanitaria ya que, por ejemplo, los extranjeros en situación irregular en España no tienen cobertura ante todos los problemas relacionados con la salud sino, únicamente, en casos tasados legalmente y de considerable importancia; es decir, en algunos casos la protección es muy escasa, aunque suponga un avance.

De nuevo el artículo 41 de la Constitución Española se convierte en la base de uno de los principios de la Seguridad Social cuando enuncia “...*todos los ciudadanos*” como ámbito subjetivo de aplicación de la norma; es cierto, tal y como he aclarado en el párrafo anterior, que se

trata de una Universalidad relativa⁵⁵⁰ y lo que este artículo desvela es que *cualquier ciudadano tendrá derecho a que la Seguridad Social lo atienda cuando se vea afectado por una determinada situación de necesidad*⁵⁵¹.

Ya he mencionado anteriormente que nuestro sistema de Seguridad Social tiene tres vertientes: el nivel contributivo, el nivel no contributivo y el nivel complementario, pues bien, si nos basamos en la Universalidad del sistema habremos de centrarnos, sobre todo, en el nivel no contributivo ya que es el que de verdad dará a nuestro sistema el carácter social y el que hará que se cumpla con el principio de Universalidad ya que son las prestaciones que se otorgan a aquellos que no han realizado una cotización anterior (o la cotización realizada ha sido insuficiente para optar a las prestaciones contributivas del sistema); es desde la perspectiva de las prestaciones no contributivas donde queda latente la Universalidad del sistema; es cierto que el propio artículo 2 del TRLGSS está limitando el acceso a la modalidad no contributiva ya que viene restringido por el cumplimiento de determinadas exigencias previas, lo que hace que la Universalidad, como he dicho antes, sea relativa. Estos requisitos son: carecer de ingresos o tenerlos por debajo de un cierto nivel que se define por la Ley de Presupuestos del Estado y que puede considerarse como el umbral de la pobreza; en segundo lugar las prestaciones no

⁵⁵⁰ Que se refiera a todos los ciudadanos no implica que haga mención a todas las personas que sería lo que, realmente, nos llevaría a una Universalidad total.

⁵⁵¹ Alarcón Caracuel, M. R., González Ortega, S. (1991). *Compendio de Seguridad Social*. (4ª renovada edición). Madrid: Tecnos, 72.

contributivas se condicionan al requisito de residencia⁵⁵²; por último hay que destacar que las prestaciones no contributivas no se han diseñado como un verdadero “*minimun vital*”⁵⁵³ de subsistencia al que tiene derecho todos los españoles.

Si basamos el principio de Universalidad desde el punto de vista de la asistencia sanitaria además de estar a lo establecido en el artículo 41 de la Constitución Española debemos atender a lo establecido en el artículo 43.1⁵⁵⁴ de la Constitución Española lo que deja claro que se debe extender el derecho a la asistencia sanitaria pública a todos los ciudadanos y, por tanto, permitir el acceso a toda persona que lo necesite aunque no esté afiliada al sistema de Seguridad Social; es cierto que, de nuevo, la Universalidad es relativa en la asistencia sanitaria y si estamos a lo establecido en el artículo 1.2⁵⁵⁵ de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁵⁵⁶ así se deja ver porque, de nuevo, hace referencia al requisito de residencia.

En síntesis, la asistencia sanitaria está lejos todavía de conseguir la Universalidad absoluta (al igual que el resto del sistema), ya que “*el título jurídico para acceder a ella continúa siendo, en la mayoría de los*

⁵⁵² Podemos entender así que quedan fuera los españoles que residen fuera de nuestro país y que quedan incluidos los extranjeros residentes en España.

⁵⁵³ Alarcón Caracuel, M. R., González Ortega, S. (1991). *Compendio de Seguridad Social*. (4ª renovada edición). Madrid: Tecnos, 75.

⁵⁵⁴ Artículo 43.1 de la Constitución Española: “*Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*”

⁵⁵⁵ Artículo 1.2 de la Ley General de Sanidad: “*Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.*”

⁵⁵⁶ LGS.

*casos, el pertenecer al campo subjetivo de protección del sistema de Seguridad Social*⁵⁵⁷.

No puedo afirmar, después de todo lo expuesto y conociendo las carencias de nuestro sistema de Seguridad Social tal y como se verá en epígrafes posteriores, que exista una efectiva implantación del principio de Universalidad desde su vertiente subjetiva ya que no se ha extendido a toda la población por igual existiendo cribas o limitaciones al ejercicio del derecho en base a este principio fundamental⁵⁵⁸.

3.4 El principio de Unidad.

El principio de unidad hace referencia a la estructura y organización interna del sistema de Seguridad Social.

El sistema de Seguridad Social, como un todo, debe funcionar con criterios congruentes y coordinados, y otorgar prestaciones o beneficios similares para los diferentes colectivos que se protegen.

Lo que quiere declarar, sin lugar a dudas, este principio es que hay que entender el sistema de Seguridad Social como un todo, utilizando criterios congruentes y coordinados y siendo capaz de conceder prestaciones o beneficios a los diferentes colectivos que deben ser protegidos por el mismo; no debemos confundirlo con la existencia de una única entidad ya que de lo que se trata es de que exista

⁵⁵⁷ Alarcón Caracuel, M. R., González Ortega, S. (1991). *Compendio de Seguridad Social*. (4ª renovada edición). Madrid: Tecnos, 79.

⁵⁵⁸ Fernández Orrico, F. J. (2004). La seguridad social en el XXV aniversario de la constitución. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (49), 127-170.

congruencia en la gestión de las diferentes entidades que componen y administran el sistema de Seguridad Social y, por ende, en los beneficios otorgados por dichas entidades.

Debo de decir que este principio no aparece expresamente en la Constitución ni en el TRLGSS, aunque sí aparece en el artículo 41 de la Constitución Española de manera implícita ya que ésta menciona un régimen público de Seguridad Social, lo que se puede entender como sinónimo de un régimen único o unitario y, de hecho, esta es la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en STC 124/1989, de 7 de julio en su Fundamento Jurídico 3º; la citada STC 124/1989 establece, en palabras del propio Tribunal que *“El designio perseguido con el acantonamiento del «régimen económico» dentro de la competencia exclusiva del Estado no ha sido otro, con toda claridad, que el de preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de «un régimen público», es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 de la Constitución), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social.”* El Tribunal Constitucional establece claramente la obligatoriedad en el mantenimiento del régimen público de Seguridad Social y, obviamente, para todos los ciudadanos basándose en el principio de Igualdad tantas veces proclamado en nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, la misma Sentencia nos aclara el alcance del término unidad dejando claro que la unidad presupuestaria

de la Seguridad Social es indispensable ya que, si no fuese así, el sistema “...no podría preservarse la vigencia efectiva de los principios de caja única y de solidaridad financiera, ni consecuentemente la unidad del sistema.”

Cierto es que el principio de unidad ya aparece en la Ley de Seguridad Social de 1966 que lo consagraba unido al principio de Igualdad ya que se pedía la máxima homogeneidad entre el Régimen General y el esto de Regímenes de la Seguridad Social. Es de nuevo en el Pacto de Toledo donde reaparece el principio de unidad como clave de la unificación de todos los regímenes y, finalmente se incluye en el anterior TRLGSS a través de la Ley 52/2002⁵⁵⁹.

3.5 El principio de Solidaridad.

El principio de solidaridad es un presupuesto esencial para garantizar la Universalidad dentro de los sistemas de Seguridad Social tales como el nuestro. Establece que toda la población, en la medida de sus posibilidades, debe contribuir económicamente a la financiación de la Seguridad Social. Este principio se ve materializado en el momento en el cual los afiliados o los ciudadanos realizan aportaciones que hacen posible que todos y cada uno de los miembros de la comunidad puedan percibir prestaciones para suplir situaciones de necesidad pero que

⁵⁵⁹ Actualmente todo unificado en el nuevo TRLGSS regulado por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

sigue fuertemente unido a las fuentes de financiación de la Seguridad Social y a las reglas de cotización en el mismo.

Este principio se puede entender como la otra cara del principio de Universalidad ya que lo complementa; es decir, el principio de Universalidad pretende proteger a toda la población y el de solidaridad pretende que toda la población, en la medida de sus posibilidades, contribuya económicamente al sostenimiento del sistema de Seguridad Social; podría verse como la aportación de las personas jóvenes para el sostenimiento de los ancianos, de los sanos frente a los enfermos, de los ocupados ante los que carecen de empleo, etcétera . Lógicamente el principio de solidaridad se sustenta gracias a la obligatoriedad en la contribución de los trabajadores, de los empresarios y a la recaudación fiscal.

Cuanto más efectivos sean el principio de Universalidad y el principio de unidad, sin lugar a dudas, más efectivo será el principio de solidaridad (lo que deja entrever que todos los principios de la Seguridad Social están relacionados entre sí).

Es, sin duda, el principio que sustenta nuestro sistema de Seguridad Social íntimamente relacionado con el tipo de Estado consagrado en el artículo 1.1 de la Constitución Española⁵⁶⁰; el principio de solidaridad es la materialización de la efectividad del sistema público consagrado por la Constitución por lo que se le confiere el carácter vinculante y

⁵⁶⁰“España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la Igualdad y el pluralismo político.”

obligatorio. A mi parecer un sistema basado íntegramente en las cotizaciones se queda bastante pobre para poder conseguir una solidaridad total de modo que los que más tienen aporten a los más necesitados ya que muchas veces este criterio de obtención de ingresos en las arcas de la Seguridad Social no se corresponden con la situación real del sujeto que cotiza; si, además, se utilizara el mecanismo de los ingresos y los impuestos a través del impuesto de la renta, por ejemplo, los que más tienen podrían realizar mayores aportaciones para, así, poder financiar parte del sistema en lo que a prestaciones no contributivas se refiere.

La Solidaridad se debe entender desde varios puntos de vista o cuestiones diferentes⁵⁶¹:

1. Solidaridad entre generaciones: De modo que con los activos de hoy se financien las pensiones de la generación anterior (se ha supuesto que debe existir un contexto de mayor riqueza en la generación posterior cosa que, hoy en día, no es así).
2. Solidaridad entre diferentes sectores de producción: De tal forma que cuando un sector resulte deficitario para el sistema otro pueda complementar económicamente sus aportaciones.

⁵⁶¹García Díaz, M. A. (1996). La seguridad social en España: Situación actual y algunas reflexiones sobre su futuro. *Cuadernos De Relaciones Laborales*, (8), 85-105.

3. Solidaridad entre rentas: Estableciendo para las rentas superiores mayores bases de cotización para poder garantizar las pensiones mínimas a las personas con menores ingresos; es verdad que no debemos confundir *menor capacidad para aportar con menor aportación realizada* ya que de ese modo se puede confundir la búsqueda de mayor solidaridad perdiendo la equidad entre los sujetos.

3.6 El principio de Igualdad.

Es uno de los principios generales del derecho y, además, se encuentra consagrado en el artículo 14⁵⁶² de la Constitución Española y como tal es aplicable al campo de la Seguridad Social. De acuerdo con este principio, se debe dar el mismo trato a todas las personas que se encuentran en la misma situación, y a la inversa, debe darse un trato distinto y adecuado a cada circunstancia a las personas que se encuentren en situaciones distintas.

Si bien en el artículo 14 de la Constitución Española no se hace mención del principio de Igualdad en el derecho a la Seguridad Social de forma expresa es verdad que sí establece que “...*los poderes públicos mantendrán un régimen público para todos los ciudadanos...*”

⁵⁶² “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

por lo que se puede interpretar que este principio, obviamente, vincula en todas y cada una de las áreas de la convivencia humana⁵⁶³.

Lo que el principio de Igualdad proclama tiene una doble vertiente: su vertiente positiva y su vertiente negativa; por un lado, desde el prisma de la vertiente positiva del principio es dotar al sistema de Igualdad real mientras que desde el punto de vista de la vertiente negativa el principio consagra la no discriminación de las personas.

Por un lado se podría entender el principio de Igualdad enfocado al derecho a la Seguridad Social como el fundamento de que las prestaciones estuviesen encaminadas a que todos y cada uno de los ciudadanos recibieran las mismas en idénticas cuantías pero, claro está que, lo que se pretende es que operen de forma que se puedan justificar diferencias en la percepción atendiendo a las características personales de cada uno de los sujetos susceptibles de percepción⁵⁶⁴.

Si se analiza lo que establece el principio de Igualdad y cómo se regula en nuestra Constitución, además de tener en cuenta lo que anuncia el artículo 41 de la misma con respecto el derecho a la Seguridad Social, queda claro que el principio de Universalidad y el principio de Igualdad, en el tema que me ocupa, están estrechamente ligados y van unidos; no va a ser posible la existencia de Universalidad real mientras la Igualdad no opere en un sentido amplio por lo que, sin lugar a dudas, la

⁵⁶³Fernández Orrico, F. J. (2004). La seguridad social en el XXV aniversario de la constitución. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (49), 127-170.

⁵⁶⁴Venturi, A. (1995). *Los fundamentos científicos de la seguridad social* (1ª edición) Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

existencia de Igualdad es lo que nos va a conducir a la consecución de una Universalidad real.

A lo que sí que se puede afirmar que no obliga este principio es a prohibir que, en algunos casos, exista diferencia de trato⁵⁶⁵, siempre y cuando éste se encuentre justificado; ahora bien, estas diferencias de trato deberán ser siempre objetivas, justificadas y proporcionadas tal y como establecen la STC 142/1990, de 20 de septiembre y la STC 38/1995, de 13 de febrero o la STC 77/1995, de 22 de mayo. El principio de Igualdad⁵⁶⁶ no es únicamente un principio que rijan el derecho a la Seguridad Social, como ya he enunciado en otras ocasiones a lo largo de este trabajo, se trata de un principio que es, sin lugar a dudas, uno de los pilares básicos de los Derechos Humanos Fundamentales y, por tanto, de cualquier Estado democrático; es sabido por todos que se trata de un Principio General del Derecho.

Debemos concebir este principio como lo que establece, nos obliga a dar el mismo trato a todas las personas que se encuentren en la misma situación, es decir, remontándonos a la base de estudio del Derecho: ante un mismo supuesto de hecho, misma consecuencia jurídica, ahora bien, existe una matización y esta es que sí que es posible dar un trato diferente y adecuado a cada persona dependiendo de las circunstancias en las que se encuentre, en estos casos, obviamente, estará permitida la diferencia de trato. Piénsese, por ejemplo, en

⁵⁶⁵ Como ejemplo se puede citar la STC 103/1983, de 22 de noviembre, que eliminó los rasgos discriminatorios y la diferencia de trato por razón de sexo de los asegurados o beneficiarios y que hace referencia a la pensión de viudedad.

⁵⁶⁶ Que ya traté en el capítulo anterior.

cualquier tipo de discriminación positiva donde lo que se pretende con la diferencia es llegar a conseguir la Igualdad; una de las funciones de la Seguridad Social es desarrollar *una función instrumental*, es decir, redistribuir las rentas según las necesidades cumpliendo así con el mandato constitucional que se opera a través del principio de Igualdad pero la Igualdad entendida como *herramienta niveladora* ante situaciones de desigualdad⁵⁶⁷.

En el campo del derecho a la Seguridad Social se hace necesario que los poderes públicos puedan limitar las desigualdades existentes entre los sujetos dotados de herramientas que los justifiquen por lo que, entre otras cosas, el Tribunal Constitucional ha realizado una gran labor a la hora de interpretar el principio para que, de ese modo, el legislador y los poderes públicos puedan llegar al punto deseado⁵⁶⁸. Las normas que, poco a poco, se van desarrollando van cada vez más encaminadas a cumplir con este deseado proceso para llegar a la Igualdad total y, por tanto, a la Universalidad real del sistema.

Desde luego esta tendencia se deja notar en nuestro sistema de Seguridad Social ya que, como ya he dicho, se encuentra inserta en un Estado Social y Democrático de Derecho y, justo por esa inclusión en el Estado Social, se trata de diferente modo a diferentes personas para

⁵⁶⁷Fernández Orrico, F. J. (2004). La seguridad social en el XXV aniversario de la constitución. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (49), 127-170.

⁵⁶⁸ Se verá en epígrafes posteriores casos tales como la discriminación en la obtención de la pensión de viudedad o el trato diferenciado en el acceso a prestaciones cuando existe unión de hecho

que, así, puedan llegar a disfrutar de ayudas suficientes en estados de necesidad⁵⁶⁹, por eso se hace pensando en garantizar la Igualdad real.

3.7 El principio de Obligatoriedad.

Aunque no es un principio que emana directamente del artículo 2 del TRLGSS sí que se puede entender como otro de los principios de la Seguridad Social. La Seguridad Social actual, tal y como la concebimos hoy en día, no es un sistema voluntario en el que cada cual decide si quiere o no quiere verse protegido por el sistema, sino que se trata de un sistema que “obliga” a encuadrarse dentro del mismo de algún modo; no obstante, tal y como establece el artículo 41 de la Constitución Española, puede complementarse con los sistemas de protección privados de carácter contractual o voluntario. Así queda de manifiesto en el artículo 3 del TRLGSS, donde se establece claramente que será nulo todo Pacto que deje a un trabajador fuera del sistema de Seguridad Social.

Es cierto que puede existir algún elemento de voluntariedad como puede ser la cotización en algún régimen, por ejemplo en el de los trabajadores autónomos, pero no en cuanto a la inclusión en el sistema; un claro ejemplo del carácter voluntario que tiene el incremento voluntario de la cuota de los trabajadores autónomos a la

⁵⁶⁹ Piénsese en las diferencias dadas, por ejemplo, entre pensiones contributivas y pensiones no contributivas.

Seguridad Social para, así, tener acceso a prestaciones como el desempleo o el accidente de trabajo.

3.8 El principio de Generalidad y el principio de Suficiencia.

He dejado el principio de generalidad para el final junto con el principio de suficiencia porque ninguno de los dos son principios de origen legal, es decir, no se encuentran regulados en el artículo 2 del TRLGSS, pero sí es cierto que son principios que se encuentran implícitos en nuestro sistema de Seguridad Social.

Se puede decir que este principio se desprende del artículo 41 de la Constitución Española cuando prevé una “...*Seguridad Social...que garantice la existencia y prestaciones sociales...ante situaciones de necesidad...especialmente en el caso del desempleo*”.

Se puede comprender el principio de generalidad ya que se han dejado a un lado en el artículo 41 de la Constitución Española conceptos tales como “contingencia” para pasar a utilizar el concepto de “situación de necesidad”, aunque también es cierto que, en este artículo, solamente se nombra la situación de “desempleo”, sin hacer mención alguna a cualquier otra situación de necesidad (siendo que existe un gran repertorio de prestaciones en nuestro sistema).

El principio de generalidad se basa en la frase del artículo 41 de la Constitución Española que dice “*ante situaciones de necesidad*”, es su

razón de ser, se basa en poder generar prestaciones a aquellos que tengan necesidad de ellas independientemente de la causa por las que las necesite. Nuestro sistema cumple con el principio de generalidad objetiva puesto que protege frente a situaciones de necesidad y no únicamente frente a determinadas contingencias pero, bien es cierto, que lo hace de manera incompleta porque en referencia a las prestaciones no contributivas establece que el ciudadano se encuentre en situación de carencia de recursos y, además, solo protege la invalidez, la vejez o las cargas familiares⁵⁷⁰.

El artículo 41 de la Constitución Española no determina lo que se considera por suficiente en referencia a los recursos así que *la determinación de la suficiencia de los recursos queda en manos del legislador ordinario quien actúa sometido a inevitables condicionamientos financieros del sistema de Seguridad Social, que dependen, primariamente, del desarrollo económico del país*⁵⁷¹.

Para saber qué entiende el Tribunal Constitucional por situación de necesidad debemos remontarnos a las STC 103/1983 de 22 de noviembre y 104/1983 de 23 de noviembre, en las que el máximo tribunal establece que una persona se encuentra en situación de necesidad cuando es incapaz de alcanzar “*un mínimo de rentas*”, es decir, ya no utiliza tampoco el término de contingencias⁵⁷². El Tribunal Constitucional ha afirmado que la situación o estado de necesidad es el

⁵⁷⁰ Alarcón Caracuel, M. R., González Ortega, S. (1991). *Compendio de Seguridad Social*. (4ª renovada edición). Madrid: Tecnos, 84.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 85.

⁵⁷² Las mínimas contenidas en el Convenio número 102 de la OIT.

“objeto y fundamento de la protección” social que el sistema ha de garantizar y, en función de ella, habrá que determinarse el nivel y calidad de las prestaciones otorgadas⁵⁷³.

Es decir, el Tribunal Constitucional asume un concepto económico de situación de necesidad; es cierto que, además, el Tribunal Constitucional en su STC 65/1987, de 21 de mayo, apreció que la situación de necesidad corresponde al legislador que lo hará en función de *“situaciones de necesidad han de ser determinadas y apreciadas teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los distintos grupos sociales”*, ahora bien, es también ineludible que el legislador tenga presente que en su actividad de desarrollo del sistema de Seguridad Social ha de tender a generalizar la protección de toda situación de necesidad⁵⁷⁴.

El artículo 41 de la Constitución Española se refiere a situaciones de necesidad de manera general pero debemos tener en cuenta que existen otros artículos dentro de la norma Suprema que hacen referencia a aspectos que forman parte de la protección de la Seguridad Social, como son la salud (en el artículo 43 de la Constitución Española), las pensiones de jubilación (en el artículo 50 de la Constitución Española), la integración de los minusválidos (en el artículo 49 de la Constitución Española) o la protección a la familia (en

⁵⁷³ Sánchez-Urán Azaña, Y. (1995). *Seguridad social y constitución*. Madrid: Civitas, 75.

⁵⁷⁴ Esto es, sin duda, lo que pretendo plasmar en este trabajo: la necesidad de hacer extensiva la protección a todas y cada una de las personas que se encuentran en nuestro país independientemente de sus características o su situación legal.

el artículo 39 de la Constitución Española), y que se hayan íntimamente relacionados con lo establecido en el propio artículo 41 de la C.E; existen varias vías de interpretación : la primera es considerar que el artículo 41 establece que “...*solamente forma parte de la Seguridad Social aquello que no está contemplado expresamente por otro artículo de la Constitución*”, lo que sería absurdo e incongruente y que nos llevaría, por ejemplo, a constituir un sistema de Seguridad Social sin derecho a la jubilación (artículo 50 de la Constitución Española). La segunda posibilidad de interpretación del artículo 41 sería la contraria a la anterior, es decir, la consideración de que el artículo 41 de la Constitución Española sería “*el precepto clave en cuanto establece genéricamente el sistema de Seguridad Social*”⁵⁷⁵, interpretando al resto de artículos como meros ejemplos de lo que podría contener el sistema.

“Las situaciones de necesidad han de ser determinadas y apreciadas teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los distintos grupos sociales”⁵⁷⁶.

En definitiva, parece necesario entonces establecer algunas líneas claras de racionalización del principio de generalidad (que proponen Alarcón Caracuel y González Ortega⁵⁷⁷), en cuanto a su razón de ser y

⁵⁷⁵Alarcón Caracuel, M. R., González Ortega, S. (1991). *Compendio de Seguridad Social*. (4ª renovada edición). Madrid: Tecnos, 80 y ss.

⁵⁷⁶ STC 65/1987.

⁵⁷⁷Alarcón Caracuel, M. R., González Ortega, S. (1991). *Compendio de Seguridad Social*. (4ª renovada edición). Madrid: Tecnos, 80 y ss.

el estado de necesidad de los sujetos se refiere; así pues se establece que:

1. *El fundamento racional de la acción protectora del sistema es el hacer frente a las situaciones de necesidad que puedan padecer los individuos.*
2. *La situación de necesidad se presume cuando un trabajador deja de percibir sus ingresos profesionales, y acredita una mínima vinculación con el sistema.*
3. *La situación de necesidad ha de ser demostrada en aquellos casos en los que no hay un elemento profesional/ contributivo, para lo cual se establece un umbral de pobreza.*

La Constitución, en su artículo 41, además de dotar al sistema de todas las características de las que he hablado hasta ahora establece un elemento esencial: que tanto las prestaciones como la asistencia deben ser *suficientes*, suficientes para ser capaces de disminuir el estado de necesidad de las personas, es decir, suficiencia en las coberturas del sistema de Seguridad Social; en el caso de las prestaciones contributivas la suficiencia hace referencia en la sustitución de las rentas que perciben los trabajadores pero, en estos casos, se cuenta con métodos de cálculo como pueden ser el periodo trabajado y las

ingresos cotizados; en el caso de las prestaciones no contributivas la suficiencia de la prestación son consideradas *rentas de compensación*, por lo que se pretende la obtención, por parte del beneficiario, de unos *ingresos mínimos de subsistencia*, cuyo objetivo primordial es mitigar la situación de necesidad independientemente del tiempo trabajado y las contribuciones realizadas por renta de trabajo al sistema de Seguridad Social⁵⁷⁸.

Si, realmente, queremos determinar lo que se considera situación de necesidad deberíamos remitirnos (por tener una base sobre la que regimos⁵⁷⁹), a la Ley de Presupuestos Generales del Estado que establece cada año cuál es el umbral de la pobreza⁵⁸⁰.

Es cierto que la Constitución Española no establece el contenido del término suficiencia por lo que se hace necesario utilizar otra serie de herramientas para determinar su contenido⁵⁸¹ y, además, es necesario interpretar que la suficiencia se refiere al contenido económico o cuantitativo de las prestaciones públicas⁵⁸². Ha quedado más que justificado que el Estado es el que debe asegurar un nivel de vida adecuado dependiendo de las necesidades de los sujetos por lo que

⁵⁷⁸ Fernández Orrico, F. J. (2004). La seguridad social en el XXV aniversario de la constitución. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (49), 127-170.

⁵⁷⁹ Para el año 2015 se establecía en percibir unos ingresos inferiores a 7.961 euros en el caso de un hogar unipersonal o de 16.719 euros en hogares compuestos de una pareja y dos niños.

⁵⁸⁰ Alarcón Caracuel, M. R., y González Ortega, S. (1991). *Compendio de Seguridad Social*. (4ª renovada edición). Madrid: Tecnos, 87.

⁵⁸¹ Mulas García, A. *Seguridad Social, Constitución y Autonomía. Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución*. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Madrid 1985, 440.

⁵⁸² Palomeque López, M. *Los derechos a la Seguridad Social y a la Salud. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Estudios de Trabajo y Previsión*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980.

para establecer la cuantía de las prestaciones debe tener en cuenta el nivel medio de vida de la población⁵⁸³. Se debe tener en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico número 5 de la STC 134/1987⁵⁸⁴, de 21 de julio que establece que el contenido de una pensión adecuada no puede considerarse de forma aislada, sino que hay que tener en cuenta el conjunto del sistema de Seguridad Social, sin prescindir de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y de la idea de que los medios económicos son limitados⁵⁸⁵.

Si hablamos del nivel contributivo de la Seguridad Social, una prestación se puede considerar suficiente cuando es proporcional a las contribuciones realizadas con anterioridad por el sujeto al sistema de Seguridad Social⁵⁸⁶ si consigue conservar la misma calidad de vida que tenían con anterioridad a la percepción de la misma; mientras que si hablamos desde el prisma de las pensiones no contributivas se vinculan a certificar un grado mínimo de subsistencia a todos los ciudadanos⁵⁸⁷, es decir, en este caso se entiende el término *suficiencia* como la necesidad de garantizar a todos los ciudadanos unas rentas

⁵⁸³ Del Valle Villar, J.M. *La protección legal de la suficiencia del salario*. Dykinson. Madrid, 20002, 65.

⁵⁸⁴ Jurisprudencia reiterada por las SSTC 97/1990, de 24 de mayo y 100/1990, de 30 de mayo.

⁵⁸⁵ Blázquez Agudo, E. M., Universidad Carlos III de Madrid, y Boletín Oficial del Estado. (2005). *Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 134.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 134.

⁵⁸⁷ Olarte Encabo, S., Consejo Económico y Social. (1997). *El derecho a prestaciones de seguridad social: Un estudio del régimen jurídico de las prestaciones de la seguridad social* (1a edición). Página 65. Madrid: Consejo Económico y Social.

mínimas con las que sobrevivir⁵⁸⁸ independientemente de las aportaciones que hayan realizado, o no, anteriormente a nuestro sistema de Seguridad Social.

Un resumen podría ser el siguiente: se puede fijar un valor absoluto, es decir, emplear un índice de modo que se interpretará que todos los que posean recursos por debajo de dicho importe no tienen rentas suficientes o se puede, también, utilizar un valor relativo, es decir, relacionado con los ingresos de los sujetos y con los de la población en general⁵⁸⁹. En España, tradicionalmente, se ha adoptado como medida de la suficiencia el Salario Mínimo Interprofesional⁵⁹⁰, de modo que este será el límite a partir del cual se podrá establecer que una pensión sea o no suficiente⁵⁹¹, si bien es cierto que puede considerarse contrario a la Carta Social Europea ya que es cierto que, en ocasiones, no es suficiente para el mantenimiento de los sujetos y las personas dependientes de ellos.

⁵⁸⁸ Durán Heras, A. *Pensiones en España: Presente y Perspectivas de futuro*. En *Papeles de la economía española*, números 12 y 13/1981.

⁵⁸⁹ Blázquez Agudo, E. M., Universidad Carlos III de Madrid, y Boletín Oficial del Estado. (2005). *Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 135.

⁵⁹⁰ SMI.

⁵⁹¹ Monereo Pérez, J. L. (1996). *Público y privado en el sistema de pensiones: Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*. Madrid: Tecnos, 114.

4. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL.

El 30 de octubre de 2015 se aprueba el nuevo Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, publicándose en el BOE el 31 de octubre de ese mismo año, entrando en vigor el 1 de enero de 2016 y tomando forma en el 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; de este modo se da cumplimiento a la autorización recogida en el artículo 1.c)⁵⁹² de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se *delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82⁵⁹³ y siguientes de la Constitución Española⁵⁹⁴*, quedando derogado desde ese mismo

⁵⁹² “c) Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Asimismo, se incluirán en el texto refundido a que se refiere esta letra...”

⁵⁹³ “1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior. 2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. 3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno. 4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los Principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. 5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. 6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.”

⁵⁹⁴ El nuevo texto refundido de la ley general de la seguridad social. (2015). *RL. Relaciones Laborales.*, (107), 14-15.

momento el Real Decreto Legislativo 1/1994⁵⁹⁵, de 20 de junio que, hasta ese momento, había sido el encargado de darle forma al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁵⁹⁶.

Este Texto Refundido tiene por objeto incluir en un solo texto legal toda la normativa en materia de Seguridad Social que ha sido aprobado en España desde 1994, con excepción de la regulación relativa al Régimen Especial de Trabajadores del Mar⁵⁹⁷; la idea fundamental era unir toda la normativa dispersa en nuestro ordenamiento jurídico en relación al derecho a la Seguridad Social así como incluir diversas disposiciones adicionales del Real Decreto Legislativo 1/1994 que se habían ido ampliando a lo largo de los años para, así, dotar de orden al sistema jurídico que regula el derecho a la Seguridad Social⁵⁹⁸.

La dispersión de las normas en materia de Seguridad Social se hace todavía más obvia tras los años de *proliferación de Leyes de acompañamiento*, pero también a causa de la incorporación en nuestro ordenamiento jurídicos de normas sustantivas dentro de las disposiciones adicionales del anterior Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social lo que suponía, sin lugar a dudas, *una*

⁵⁹⁵ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Vigente hasta el 02 de Enero de 2016).

⁵⁹⁶ Cabero Morán, E. (2015). Los nuevos textos refundidos de la ley del estatuto de los trabajadores, de la ley de empleo y de la ley general de la seguridad social (I). *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (12), 108-117.

⁵⁹⁷ Que se regula por la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero.

⁵⁹⁸ Panizo Robles, J. A. (2016). Una norma de seguridad social largo tiempo esperada: El nuevo texto refundido de la ley general de la seguridad social. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (394), 117-140.

*auténtica falta de seguridad jurídica en cuanto a la determinación de las normas*⁵⁹⁹.

El objetivo primordial para crear el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, como he dicho, era de carácter formal, es decir, poder unir toda la normativa dispersa en nuestro ordenamiento jurídico en materia de Seguridad Social⁶⁰⁰ para así poder crear un texto normativo dotado de una estructura y orden lógico para, a su vez, reducir de manera significativa el número de disposiciones adicionales que regulaban ciertos aspectos de la materia; la labor fue compleja dado el tiempo que hacía que se había publicado el anterior Texto Refundido⁶⁰¹ y el gran número de leyes y disposiciones aprobadas desde entonces⁶⁰².

En cuanto a los cambios más significativos en relación al texto anterior se pueden destacar los siguientes⁶⁰³:

En el Título I, que hace referencia a las normas generales del sistema se introduce una nueva Sección relativa a las disposiciones aplicables a determinados colectivos y sus familiares en referencia al campo de aplicación y estructura del sistema de la Social dando nueva redacción

⁵⁹⁹Ramos Quintana, M. I. (2016). La ley general de la seguridad social y su nuevo texto refundido. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (15), 9-13.

⁶⁰⁰Cabero Morán, E. (2016). Los nuevos textos refundidos de la ley del estatuto de los trabajadores, de la ley de empleo y de la ley general de la seguridad social (y II). *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (13), 103-114.

⁶⁰¹ Recordemos que fue aprobado en el año 1994, es decir, 21 años antes.

⁶⁰²Ramos Quintana, M. I. (2016). La ley general de la seguridad social y su nuevo texto refundido. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (15), 9-13.

⁶⁰³El nuevo texto refundido de la ley general de la seguridad social. (2015). *RL. Relaciones Laborales.*, (107), 14-15.

a los artículos relativos a familiares (artículo 12⁶⁰⁴), trabajadores con discapacidad (artículo 13⁶⁰⁵) y socios trabajadores y socios de trabajo de cooperativas (artículo 14⁶⁰⁶) así como prever expresamente la posibilidad de incluir a los deportistas de alto nivel en el sistema de Seguridad Social (artículo 7.4⁶⁰⁷).

⁶⁰⁴ “1. A efectos de lo dispuesto en el artículo 7.1, no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo. 2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior y de conformidad con lo establecido por la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de treinta años, aunque convivan con ellos. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo. Se otorgará el mismo tratamiento a los hijos que, aun siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral. A estos efectos, se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador esté incluido en alguno de los grupos siguientes: a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento. b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.”

⁶⁰⁵ “1. Los trabajadores con discapacidad empleados en los centros especiales de empleo quedarán incluidos como trabajadores por cuenta ajena en el régimen de la Seguridad Social que corresponda a su actividad. 2. Por el Gobierno se aprobarán normas específicas relativas a sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social en atención a las peculiares características de su actividad laboral.”

⁶⁰⁶ “1. Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado disfrutará de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa entre las modalidades siguientes: a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad. b) Como trabajadores autónomos en el régimen especial correspondiente. Las cooperativas ejercerán la opción en sus estatutos, y solo podrán modificarla en los supuestos y condiciones que el Gobierno establezca.

2. Los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y los socios de trabajo a los que se refiere el artículo 13.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, serán asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de Seguridad Social. 3. En todo caso, no serán de aplicación a las cooperativas de trabajo asociado, ni a las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra ni a los socios trabajadores que las integran, las normas sobre cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial. 4. Se autoriza al Gobierno para regular el alcance, términos y condiciones de la opción prevista en este artículo, así como para, en su caso, adaptar las normas de los regímenes de la Seguridad Social a las peculiaridades de la actividad cooperativa.”

⁶⁰⁷ “El Gobierno, como medida para facilitar la plena integración social y profesional de los deportistas de alto nivel, podrá establecer la inclusión de los mismos en el sistema de la Seguridad Social.”

Se incluyen dentro del régimen general de la Seguridad Social: el sistema especial para empleados del hogar y el sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios conteniendo entre los trabajadores por cuenta ajena y asimilados a los socios trabajadores de las sociedades laborales y al personal al servicio de las administraciones públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas (excepto los que estén incluidos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado o en otro régimen en virtud de ley especial).

En lo que se refiere a las exclusiones del campo de aplicación del Régimen General, se añaden los trabajos realizados por los profesores universitarios eméritos⁶⁰⁸, así como por el personal licenciado sanitario emérito.

Se introduce la regulación del factor de sostenibilidad y en la protección por desempleo se incluye la referencia expresa a la suspensión del contrato y no sólo la pérdida de empleo y a la reducción de jornada.

Sin duda, uno de los cambios más novedosos es la incorporación a la Ley General de Seguridad Social el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y así como la protección por cese de actividad a los mismos.

Se incorpora la regulación de los sistemas especiales de empleados de hogar y de trabajadores agrarios.

⁶⁰⁸ De conformidad con lo previsto en el apartado 2 de la disposición 22ª de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

Este Real Decreto Legislativo establece modificaciones importantes con respecto a la estructura y al cuerpo del anterior TRLGSS de 1994; si nos centramos en la estructura del nuevo TRLGSS veremos cómo está organizado en seis títulos (a diferencia del anterior TRLGSS que solo tenía tres), quedando de la siguiente manera organizados⁶⁰⁹:

- Título I: Normas generales del sistema de la Seguridad Social. Se produce una ampliación al campo de aplicaciones en cuanto a familiares, trabajadores con discapacidad y socios trabajadores y socios de trabajo de cooperativas extrayéndolos, así, de las disposiciones finales del Texto Refundido de 1994; prevé, además, la inclusión en el Régimen General de los deportistas de alto nivel de rendimiento e incluye, también, una nueva sección que se ocupa de regular el reconocimiento, determinación y mantenimiento del derecho a las prestaciones y regula el complemento por maternidad de las pensiones para mujeres que tengan derecho a percibir pensiones de jubilación viudedad e incapacidad.
- Título II: Régimen General de la Seguridad Social. Se aprecian los cambios, sobre todo, en referencia a los sujetos que pasan a formar parte del campo de aplicación incluyendo novedades

⁶⁰⁹Ramos Quintana, M. I. (2016). La ley general de la seguridad social y su nuevo texto refundido. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (15), 9-13.

sobre la cotización en los supuestos de compatibilidad de la pensión de jubilación y el trabajo; se adaptan los términos en las prestaciones de maternidad, paternidad y cuidado de menores aquejados de grave enfermedad; se hace una nueva valoración de la situación de incapacidad permanente y su graduación; se reordena la pensión de jubilación para determinar su cuantía teniendo en cuenta el factor de sostenibilidad; se reordena la pensión de viudedad y se toman medidas para el trabajo a tiempo parcial y para los trabajadores con contrato de formación y aprendizaje.

- Título III: Protección por desempleo. Aparecen regulaciones para los trabajadores incluidos en el sistema espacial para trabajadores por cuenta ajena agrarios y contratos de formación y aprendizaje y incluye, además, la suspensión del contrato de trabajo como contingencia protegida y establece el subsidio para mayores de 55 años realizando, así un cambio en la edad⁶¹⁰.
- Título IV: Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Se puede considerar que esta es la primera gran novedad de este texto.

⁶¹⁰ Anteriormente se reconocía para mayores de 52.

- Título V: Protección por cese de actividad. Se establece una relación de similitud entre el Régimen General y la protección por desempleo para el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos cuando se produce un cese en su actividad.
- Título VI: Prestaciones no contributivas. En referencia a la incapacidad permanente, la jubilación y las prestaciones familiares que pasan a conformar un título específico que hace referencia únicamente a ellas.

Como se puede ver tanto la estructura como la composición del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social está formado por un esquema interno totalmente diferentes al que poseía el texto de 1994 ya que, por ejemplo, ahora se organiza en seis Títulos aunque es cierto que conserva los tres del texto anterior en referencia a las Normas Generales del Sistema, el Régimen General de la Seguridad Social y la Protección por Desempleo aunque es cierto que aparecen con algunas modificaciones en sus contenidos modernizando el texto y armonizándolo al resto de textos legales que hasta ese momento habían dispersos dentro de nuestro ordenamiento jurídico; además, se añaden los nuevos tres Títulos que hacen referencia al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, la Prestación por cese de actividad y las Prestaciones no contributivas dando lugar a la nueva estructura de 6 Títulos y pasando a formarse por 373 artículos, 26

disposiciones adicionales, 29 disposiciones transitorias y 8 disposiciones finales⁶¹¹.

Es de destacar que la incorporación de nuevos regímenes dentro del Texto Refundido y la inclusión de sistemas especiales también han hecho necesario la existencia de un mayor número de artículos pasando de los 234 artículos del TRLGSS de 1994 a los 373 artículos del nuevo TRLGSS de 2016.

En cuanto a las novedades más importantes que aparecen con el nuevo TRLGSS es de destacar que, a diferencia del anterior TRLGSS, el nuevo tiene un contenido muchísimo más aplico no basando toda la importancia en el Régimen General sino incorporando la regulación legal de los Regímenes Especiales que hasta ahora venían regulados por otras leyes, incluyendo regímenes como el de trabajadores autónomos, los trabajadores por cuenta ajena agrarios y los empleados del hogar; otra de las novedades es la incorporación de un Capítulo específico (el VIII), dedicado a la regulación de los procedimientos y notificaciones en materia de Seguridad Social⁶¹².

En lo referente a la jubilación, por ejemplo, el nuevo TRLGSS incorpora las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre y por el RD-L 5/2013, de 15 de marzo ; del mismo modo incorpora dos Capítulos dedicados a los trabajadores a tiempo parcial

⁶¹¹Ramos Quintana, M. I. (2016). La ley general de la seguridad social y su nuevo texto refundido. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (15), 9-13.

⁶¹²Cabero Morán, E. (2015). Los nuevos textos refundidos de la ley del estatuto de los trabajadores, de la ley de empleo y de la ley general de la seguridad social (I). *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (12), 108-117.

y a los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje que eran, sin lugar a dudas, otros de los grandes desfavorecidos en nuestro anterior sistema por la precariedad que existía anteriormente en sus cotizaciones a la Seguridad Social para ciertas contingencias; queda incorporado dentro del nuevo cuerpo legal, además, el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos que hasta ahora se regulaba a través de numerosas normas y disposiciones adicionales y complementarias con gran dispersión normativa y falta de claridad; en el caso que me ocupa y con una especial mención debemos resaltar que se crea un Título específico que regula directamente y de forma conjunta todas y cada una de las prestaciones no contributivas dejando de hacerlo del modo que las regulaba el texto anterior .

En cuanto al contenido del propio Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, hay que resaltar que posee un artículo único por el que se procede a la aprobación del nuevo TRLGSS e incluye, además una disposición adicional única , una disposición derogatoria única y una disposición final única.

Si se analiza el anterior TRLGSS de 1994, base del actual, debemos hacer una clara lectura de la Disposición final primera de la Ley 26/1990⁶¹³ que autorizó al Gobierno a elaborar en el plazo de dos años,

⁶¹³ “Se faculta al Gobierno para que, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, proceda a la elaboración de un Texto Refundido que regularice, aclare y armonice la presente Ley, con los textos legales siguientes:– Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.– Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo.– Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social.– Real Decreto-ley 10/1981, de 19 de junio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social.– Real Decreto-ley 13/1981, de 20 de agosto, sobre determinación de

a partir de su entrada en vigor, un Texto Refundido en el que se integrasen, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, los textos legales específicos de Seguridad Social enumerados en su apartado primero, y las disposiciones en materia de Seguridad Social contenidas en normas con rango de ley de otras ramas del ordenamiento jurídico, y expresamente las listadas en su apartado segundo en el que, asimismo, se hace referencia a las disposiciones con vigencia permanente contenidas en las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado.

El anterior Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social entró, así, en vigor el 1 de septiembre de 1994.

Tal y como he expuesto en párrafos anteriores, la Ley General de Seguridad Social adopta forma de Texto Refundido; esto quiere decir que, no se trata de una nueva norma elaborada por el poder legislativo

la base reguladora de la pensión de jubilación de la Seguridad Social.– Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social.2. Se autoriza también al Gobierno para que integre en dicho Texto Refundido regularizadas, aclaradas y armonizadas las disposiciones en materia de Seguridad Social contenidas en normas con rango de Ley y, expresamente, en las siguientes Leyes:– Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.– Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.– Ley13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos.– Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.– Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado.– Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.– Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.– Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas.– Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria.– Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social.– Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso de maternidad y se establecen medidas para favorecer la Igualdad de trato de la mujer en el trabajo.– Disposiciones con vigencia permanente, contenidas en las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado. 3. Se exceptúa de la refundición a que se refieren los dos números anteriores las materias relativas a asistencia sanitaria y a protección por desempleo.”

sino que es un acto que lleva a cabo el Gobierno cuando cree necesario regularizar, sistematizar, armonizar y refundir ciertas normas legales (en este caso las referentes a Seguridad Social y así se detalla en la Exposición de Motivos del R.D. Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el TRLGSS). Será el Estado, a través del mandato del artículo 41 de la Constitución Española el que garantizará la protección de todos los individuos comprendidos en el campo de aplicación de la ley, frente a las contingencias establecidas mediante ley (base en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social; Real Decreto 1/1994 de 20 de junio).

No será necesario en este análisis hacer una mención completa al Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social⁶¹⁴ ya que el estudio se basa, únicamente, en el sistema de Seguridad Social español y en las situaciones por este protegidas quedando el estudio limitado a analizar la adaptación de las bases generales del sistema a la normativa internacional y europea en la materia y ello especialmente en cuanto al Régimen General que es el más común.

5. EL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL.

5.1 Introducción.

La estructura de los regímenes se realiza en relación a la actividad que desarrolla cada trabajador existiendo, por un lado, un Régimen General para los trabajadores por cuenta ajena y una serie de Regímenes Especiales para las personas que realicen actividades de trabajo que por sus peculiaridades se hiciese preciso encuadrar en otro Régimen diferente del General⁶¹⁵.

El sistema de Seguridad Social está integrado por varios regímenes de protección: el Régimen General y los Regímenes especiales, (tal y como establece el artículo 9 del TRLGSS)⁶¹⁶. En el Régimen General están incluidos tanto los trabajadores por cuenta ajena como los que la Ley denomina “asimilados⁶¹⁷”.

Hasta 1959, en España, cada rama de seguro tenía su propio campo subjetivo de aplicación; desde ese momento quedaron fuera de aplicación los trabajadores agrarios, aquellos trabajadores que no poseyeran la condición de trabajadores por cuenta ajena (entre ellos,

⁶¹⁵ Regulado en el artículo 9 del TRLGSS, que se dedica a la “del sistema de Seguridad Social”.

⁶¹⁶ Alonso-Olea García, B. (2013). *Derecho de la protección social: Derecho a la seguridad social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*. Cizur Menor Navarra: Civitas; Thomson Reuters, 30.

⁶¹⁷ Es decir, aquellas personas que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del ET, cualesquiera que sean sus modalidades contractuales y especialidades.

por supuesto, los trabajadores autónomos⁶¹⁸), así como los funcionarios públicos⁶¹⁹. La expansión tanto cuantitativa como cualitativa de la Seguridad Social y su eficacia demostrada supuso que, poco a poco, fuesen entrando dentro del sistema de Seguridad Social nuevas categorías de trabajadores, lo que supuso que comenzaran a aparecer los denominados Regímenes Especiales de la Seguridad Social que trataré en el siguiente apartado.

El Régimen General constituye el núcleo central del Sistema e integra, básicamente, a los trabajadores por cuenta ajena en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, mayores de 16 años, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a domicilio, sea cual fuere su categoría y la forma y cuantía de la remuneración que perciban, y la naturaleza común o especial de su relación laboral.

También están incluidos en este Régimen los trabajadores por cuenta ajena que, de forma habitual y como medio fundamental de vida, realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias (Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios). Comprende, por último, a los trabajadores dedicados a la prestación de servicios exclusivamente domésticos para un empleador (empleados de hogar con carácter exclusivo y permanente) o para

⁶¹⁸ Ya que por sus características especiales podría considerárseles sinónimos de empresarios.

⁶¹⁹ Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. (2015). *Manual de seguridad social* (11ª edición). Madrid: Tecnos, 75.

varios empleadores (empleados de hogar con carácter parcial o discontinuo). Los servicios deben ser prestados en la casa que habite el empleador, percibiendo por ellos un sueldo o remuneración (Sistema Especial para Empleados de Hogar)⁶²⁰.

Se podría utilizar, en este caso, una definición negativa del Régimen General, es decir, entender el Régimen General como el conjunto de normas que regulan la protección que dispensa la Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena o asimilados, no incluidos en el campo de aplicación de un Régimen Especial⁶²¹.

Están obligados a incluirse en el Régimen General de Seguridad Social todos aquellos trabajadores por cuenta ajena o asimilados establecidos en los términos del artículo 7.1.a⁶²² del TRLGSS que no estén incluidos en cualquiera de los Regímenes especiales⁶²³.

⁶²⁰ Publicación "El sistema español de Seguridad Social: antecedentes y modelo actual". Subdirección general de ordenación y Asistencia Jurídica del Instituto Nacional de Seguridad Social. http://www.graduadosocialcadiz.net/documentos/sistema_espanol_ss.pdf. 20/08/2015.

⁶²¹ Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J., y Vilchez Porras, M. (2006). *Sistema de seguridad social* (8a edición). Madrid: Tecnos, 147.

⁶²² "Trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en las condiciones establecidas por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores en las distintas ramas de la actividad económica o asimilados a ellos, bien sean eventuales, de temporada o fijos, aun de trabajo discontinuo, e incluidos los trabajadores a distancia, y con independencia, en todos los casos, del grupo profesional del trabajador, de la forma y cuantía de la remuneración que perciba y de la naturaleza común o especial de su relación laboral."

⁶²³ Régimen especial agrario, régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, régimen especial de los trabajadores del mar, régimen especial para la minería del carbón, régimen especial de los empleados de hogar, régimen especial de estudiante y régimen especial de funcionarios (administración del Estado, fuerzas armadas y administración de justicia)

5.2 Sujetos incluidos y sujetos excluidos.

Ya se hizo una enumeración anteriormente de todos los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social, no obstante, se va a enumerar todo aquello que incluye el artículo 136 del TRLGSS donde se entienden comprendidos los siguientes:

- *Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, así como en cualquier otro de los sistemas especiales a que se refiere el artículo 11, establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social.*
- *Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de las sociedades de capital, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.b).*
- *Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, los consejeros y administradores de las sociedades de capital, siempre que no posean su control en los términos previstos por el artículo*

305.2.b), cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma. Estos consejeros y administradores quedarán excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.

- *Los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuya participación en el capital social se ajuste a lo establecido en el artículo 1.2.b) de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, y aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.e).*
- *Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, los socios trabajadores de las sociedades laborales que, por su condición de administradores de las mismas, realicen funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su vinculación simultánea a la sociedad laboral mediante una relación laboral de carácter especial de alta dirección, y no posean su control en los términos previstos por el artículo 305.2.e). Estos socios trabajadores quedarán excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, salvo*

cuando el número de socios de la sociedad laboral no supere los veinticinco.

- *El personal contratado al servicio de notarías, registros de la propiedad y demás oficinas o centros similares.*
- *Los trabajadores que realicen las operaciones de manipulación, empaquetado, envasado y comercialización del plátano, tanto si dichas labores se llevan a cabo en el lugar de producción del producto como fuera del mismo, ya provengan de explotaciones propias o de terceros y ya se realicen individualmente o en común mediante cualquier tipo de asociación o agrupación, incluidas las cooperativas en sus distintas clases.*
- *Las personas que presten servicios retribuidos en entidades o instituciones de carácter benéfico-social.*
- *Los laicos o seculares que presten servicios retribuidos en los establecimientos o dependencias de las entidades o instituciones eclesióásticas. Por acuerdo especial con la jerarquía eclesióástica competente se regulará la situación de los trabajadores laicos y seculares que presten sus servicios retribuidos a organismos o dependencias de la Iglesia y cuya misión primordial consista en ayudar directamente en la práctica del culto.*

- *Los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.*
- *El personal civil no funcionario de las administraciones públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas siempre que no estén incluidos en virtud de una ley especial en otro régimen obligatorio de previsión social.*
- *El personal funcionario al servicio de las administraciones públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas, incluido su periodo de prácticas, salvo que estén incluidos en el Régimen de Clases Pasivas del Estado o en otro régimen en virtud de una ley especial.*
- *El personal funcionario a que se refiere la disposición adicional tercera, en los términos previstos en ella.*
- *Los funcionarios del Estado transferidos a las comunidades autónomas que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de la comunidad autónoma de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso.*
- *Los altos cargos de las administraciones públicas y de las entidades y organismos vinculados o dependientes de ellas, que no tengan la condición de funcionarios públicos.*

- *Los miembros de las corporaciones locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares que desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial, a salvo de lo previsto en los artículos 74 y 75, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.*
- *Los cargos representativos de las organizaciones sindicales constituidas al amparo de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución.*
- *Cualesquiera otras personas que, por razón de su actividad, sean objeto de la asimilación prevista en el apartado 1 mediante real decreto, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.*

Surge tras la lectura de este artículo un elemento que queda fuera de aplicación, el elemento de extranjería.

Si volvemos, por un momento, al artículo 7 del TRLGSS, este establece que los criterios de aplicación del sistema de Seguridad Social serán los de ciudadanía española o asimilada y los de residencia y actividad en territorio nacional lo que deja indicar que, de este modo, quedan fuera del ámbito de aplicación aquellos extranjeros que no residan

legalmente en España⁶²⁴ (STS 4773/1994), es decir, no quedarían incluidos dentro del sistema de Seguridad Social aquellos extranjeros que se encuentren de manera irregular en España y, por tanto, el sistema social que promulgamos desde nuestra propia Constitución Española no se estaría cumpliendo en su grado máximo, al igual que ocurriría con el principio de Universalidad lo que nos haría acabar, una vez más, en la relevancia de resaltar que nuestro principio de Universalidad tantas veces consagrado no es más que una Universalidad relativa y no total.

En este punto se hace necesario mencionar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en particular, el artículo 10 de la citada Ley que establece que: *“1. 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. 2. Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público⁶²⁶”*; una vez más se deja clara la exigencia del Estado para con los extranjeros, es decir, habla en todo momento que tienen derecho al

⁶²⁴ Es decir, no deja el elemento de extranjería totalmente fuera ya que sí admite a los residentes legales.

⁶²⁶ Artículo 10 redactado por el apartado doce del artículo único de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social («B.O.E.» 12 diciembre). Vigencia: 13 diciembre 2009.

trabajo y a la Seguridad Social aquellos que sean residentes y aunque no utiliza el término *“legalmente”* sí que puntualiza que deben reunir los requisitos de la legislación vigente, en este sentido, debemos volver al TRLGSS que regula el acceso a la Seguridad Social en su artículo 7.2 y que establece que *“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 queda patente que la situación del extranjero en España para poder tener acceso a la Seguridad Social debe ser situación *“regular”*, dejamos de nuevo fuera de aplicación a los extranjeros en situación irregular⁶²⁷.

Del mismo modo que el TRLGSS establece quienes son los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del régimen general de la Seguridad Social también establece en el artículo 137 quienes son los excluidos, quedando estos limitados a los siguientes:

- *Los que se ejecuten ocasionalmente mediante los llamados servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad.*

⁶²⁷ Esta se está convirtiendo en una de las carencias más acusadas y latentes en nuestro sistema de Seguridad Social, lo que está poniendo en duda la verdadera Universalidad del sistema.

- *Los que den lugar a la inclusión en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social.*
- *Los realizados por los profesores universitarios eméritos, de conformidad con lo previsto en el apartado 2 de la disposición adicional vigésima segunda de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, así como por el personal licenciado sanitario emérito nombrado al amparo de la disposición adicional cuarta de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.*

El artículo 137 del TRLGSS es el que completa el ámbito subjetivo de aplicación del TRLGSS en el Régimen General ya que especifica quienes son los sujetos excluidos del mismo dejando tres supuestos muy claros⁶²⁸; ninguna de las tres situaciones anteriores permiten que se realice una inclusión en el Régimen General, todas ellas por su naturaleza diferenciadora; la primera por tratarse de un trabajo no remunerado, la segunda por suponer la inclusión en un Régimen Especial concreto y la tercera por sus características especiales.

En cuanto a los trabajos que se ejecutan ocasionalmente como servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad es obvio que no debemos incluirlos en el Régimen General ya que no cumplen los

⁶²⁸ Los enumerados en los puntos 1, 2 y 3 del párrafo anterior.

requisitos del artículo 1.1 del ET⁶²⁹ lo que los deja fuera de aplicación del Derecho del Trabajo en general y, por ende, del Derecho a la Seguridad Social en particular.

El alcance de la acción protectora del régimen general, regulada en el Capítulo IV, es (exceptuando las modalidades de prestaciones no contributivas), aquella que ya se estudió en el apartado dedicado al artículo 42 del TRLGSS pero será en este Capítulo IV del Título I de la Ley dónde se regulen las prestaciones y beneficios correspondientes y que serán desarrolladas por las disposiciones reglamentarias pertinentes en cada caso (artículo 155 TRLGSS).

5.3 Conceptos básicos.

Entre los artículos 156 y 160 del TRLGSS se hace la enumeración de una serie de conceptos básicos imprescindibles a tener en cuenta, ya que es necesario saber qué se entiende por el riesgo protegido antes de entrar al análisis del alcance de la prestación; así se hace con las definiciones de Accidente de Trabajo, Enfermedad Profesional, Accidentes no Laborales, Enfermedades Comunes, Restantes Contingencias y Riesgos Catastróficos.

⁶²⁹“La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”

1. Definición de Accidente de Trabajo: Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena (se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo); teniendo en cuenta esta definición serán considerados, además, como Accidente de Trabajo, (artículo 156 del TRLGSS):
 - a. Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo⁶³⁰.
 - b. Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos.
 - c. Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.

⁶³⁰ Accidente "In Itinere".

- d. Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.
- e. Las enfermedades, no incluidas en el artículo 157 del TRLGSS, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.
- f. Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.
- g. Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

En el artículo 156, además, viene la relación de todos aquellos casos que no serán considerados como Accidente de Trabajo, aunque existen dos casos que no impedirán la calificación como tal

que son la imprudencia profesional o la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario o de un compañero de trabajo o de un tercero (salvo que no guarde ninguna relación con el trabajo); en concreto, no se considerarán Accidentes de Trabajo:

- a. Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente, (en ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza).
- b. Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

Lo que se puede extraer con certeza de este precepto legal es que el accidente de trabajo ha de constar de tres elementos indispensables para que se considere como tal que son la existencia de un contrato de trabajo, el accidente ha de sucederle al trabajador como consecuencia de la realización de trabajo para un tercero y, además, deberá existir relación entre el accidente y el trabajo y la relación de imputación no debe ser alterada por ningún elemento externo al trabajo.

2. Definición de Enfermedad Profesional: Se entenderá por enfermedad profesional, según el artículo 157 del TRLGSS, la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo del TRLGSS, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional⁶³¹.

En este caso se pueden destacar de nuevo los mismos tres elementos esenciales que ya se vieron en el apartado anterior, solo que deberemos cambiar el término accidente de trabajo por la existencia de una enfermedad causada directamente por la realización de una actividad profesional y con existencia inequívoca de una relación causal entre ambos; ahora bien, debemos de tener en cuenta que únicamente tendrá la consideración de enfermedad profesional aquella que aparece mencionada en el listado de enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

3. Definición de Accidente no Laboral: Se considerará accidente no laboral el que, conforme a lo establecido en el 158 del TRLGSS, no tenga el carácter de accidente de trabajo.

⁶³¹Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

4. Definición de Enfermedad Común: Se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, 158 del TRLGSS.

5. Definición de Restantes Contingencias: El concepto legal de las restantes contingencias, regulado en el artículo 159 del TRLGSS, será el que resulte de las condiciones exigidas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones otorgadas en consideración a cada una de ellas.

6. Definición de Riesgos Catastróficos: En ningún caso serán objeto de protección por el Régimen General los riesgos declarados catastróficos al amparo de su legislación especial, regulado por el artículo 160 del TRLGSS.

5.4 Actos de encuadramiento.

La acción protectora de la Seguridad Social lleva implícita la existencia de una relación jurídica entre los sujetos que se encuentran incluidos en el campo de aplicación del sistema y las Entidades Gestoras del mismo, así pues, esta situación se formaliza mediante los actos de

encuadramiento⁶³² que se convierten en un acto necesario de información control para el funcionamiento del sistema de Seguridad Social⁶³³; estos actos de encuadramiento son los que van a determinar la existencia o no de los requisitos necesarios para poder acceder a una prestación de carácter contributivo, por ejemplo, como expone la doctrina *“...en el Sistema español, los actos de encuadramiento carecen de eficacia jurídica constitutiva configurándose como obligaciones accesorias de otras principales como son las relaciones jurídicas de cotización y de protección, lo que supone, en caso de incumplimiento, la imposición de sanciones pero sin impedir que el sujeto quede integrado en el Sistema de Seguridad Social y obtenga la protección establecida legalmente⁶³⁴”*. Lo que se pretende decir es que el Sistema español de Seguridad Social va a proteger igualmente a un sujeto que no se encuentre encuadrado dentro del sistema por culpa o negligencia del sujeto obligado a realizar los actos de encuadramiento de modo que no será perjudicado por dicha situación y, por tanto, que pueda optar a la protección que legalmente le corresponda⁶³⁵; este tema lo trataré con mayor detalle en el tercer capítulo de este trabajo. En lo referente a los actos de encuadramiento, los encontramos regulados en los artículos del 138 al 140 del TRLGSS⁶³⁶.

⁶³² Es decir, la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de los trabajadores.

⁶³³ Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández y J., Vilchez Porras, M. (2006). *Sistema de seguridad social* (8ª edición). Madrid: Tecnos, 151.

⁶³⁴ *Ibid.*, p. 151.

⁶³⁵ Así lo reconoce la STS 9198/2002, de 19 de mayo.

⁶³⁶ Estos actos de encuadramiento se llevan a cabo siguiendo un procedimiento administrativo, donde prima el principio de silencio administrativo positivo.

6. LOS REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

6.1 Introducción.

No siempre han estado los Regímenes Especiales regulados con la misma meticulosidad con la que se encuentran regulados en estos momentos⁶³⁷. En este sentido, la STC 268/1993, de 20 de septiembre establecía que *“Ciertamente, constituye doctrina consolidada de este Tribunal que el artículo 14 de la Constitución Española en principio no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. La articulación del sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales se justifica por las peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren...⁶³⁸”*; hay que decir que las STC 39/1992 y 184/1993, sin embargo, han establecido que no puede aplicarse esta doctrina de manera automática a todos los supuestos de confluencia de regímenes jurídicos dispares ya que, de ese modo, se estaría dejando al arbitrio del legislador o del Gobierno la eficacia del principio de igualdad⁶³⁹.

⁶³⁷ Se debe destacar que un avance importantísimo ha sido la inclusión de dichos Regímenes en el nuevo TRLGSS de 30 de octubre de 2015.

⁶³⁸ En el mismo sentido la STC 173/1998 y los AATC 78/1984, 112/1984, 123/1984, 460/1984, 94/1985, 552/1985, 590/1985, 987/1986, 1379/1987, 1015/1988, 241/1989 y 341/1989.

⁶³⁹ Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. (2015). *Manual de seguridad social* (11ª edición). Madrid: Tecnos, 75.

Cierto es que, en estos momentos, está produciéndose un fenómeno cada vez más latente que implica la desaparición de desigualdades entre el Régimen General de la Seguridad Social y los Regímenes Especiales; véase, por ejemplo, el caso de los Trabajadores Autónomos que, a día de hoy, pueden disfrutar, aunque con algunas diferencias con respecto a los trabajadores por cuenta ajena, de una prestación por desempleo⁶⁴⁰, por ejemplo⁶⁴¹. Se está produciendo un cambio para buscar la Igualdad en mayor medida de modo que se intenta eliminar diferencias en materia de pensiones mínimas o prestaciones que, hasta ahora, eran típicas y exclusivas del Régimen General⁶⁴²; ya en los Pactos de Toledo⁶⁴³ se abogaba por esta reunificación de colectivos para, al final, dejar únicamente dos Regímenes: el Régimen General (incluyendo dentro de este a los funcionarios), y el Régimen de Autónomos⁶⁴⁴.

Según Monereo Pérez, *“La Seguridad Social de la población activa...conllevará siempre especialidades (el Plan Beveridge también las incluía), aunque sea cierto que esas especialidades no justifiquen la existencia de desigualdades objetivas, y menos de los que hoy se llaman Regímenes Especiales”*.

⁶⁴⁰ Denominado en este caso *“cese de actividad”*.

⁶⁴¹ Aunque bien es cierto que el centro del sistema, a día de hoy, continúa siendo el Régimen General.

⁶⁴² Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. (2015). *Manual de seguridad social* (11ª edición). Madrid: Tecnos, 75.

⁶⁴³ Tanto en su versión originaria, datada de 1995, como en sus versiones revisadas en los años 2003 y 2013.

⁶⁴⁴ Donde se deberían englobar pequeños y medianos empresarios.

6.2 Regímenes Especiales de la Seguridad Social.

Siguiendo las indicaciones del artículo 10 del TRLGSS se establecen cuáles serán los Regímenes Especiales de la Seguridad Social en España; así podemos considerar Regímenes Especiales los siguientes⁶⁴⁵:

- Trabajadores por cuenta propia o autónomos: Para aquellos trabajadores que realicen su actividad profesional de forma independiente, exceptuando los que deban encuadrarse dentro del Régimen Especial Agrario⁶⁴⁶ o el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar⁶⁴⁷.
- Trabajadores del mar: Encuadra a trabajadores tanto por cuenta propia como por cuenta ajena que presten sus servicios realizando actividades marítimo-pesqueras.
- Funcionarios públicos, civiles y militares: Aunque el artículo 10 del TRLGSS los considera incluidos dentro de los Regímenes Especiales del Sistema es cierto que remite su regulación a las Leyes específicas que fijan su régimen jurídico, económico y presupuestario.

⁶⁴⁵ Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. (2015). *Manual de seguridad social* (11ª edición). Madrid: Tecnos, 76.

⁶⁴⁶ REA.

⁶⁴⁷ REM.

- Estudiantes: Encuadra a todos aquellos estudiantes que ya no están cursando estudios obligatorios.
- Los demás grupos que determine el Ministerio de Empleo y Seguridad Social: El propio artículo 10 deja esta puerta abierta para que, en cualquier momento, se puedan añadir nuevos Regímenes Especiales según las necesidades de hacerlo y siempre teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad profesional que se lleve a cabo.

6.3 Características generales de los Regímenes Especiales.

Se hace necesario que cada uno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social identifiquen su ámbito subjetivo que debe ir ligado a una actividad económica, condiciones de trabajo o procesos de producción que, dadas sus peculiaridades, debe ser tratada de forma diferente; tradicionalmente esta diferencia venía marcada por las diferencias de cobertura según los riesgos o contingencias diferenciadas con las establecidas para el Régimen General⁶⁴⁸.

Es cierto que, en ocasiones, esa regulación diferenciada conlleva que exista, del mismo modo, un trato diferenciado que a veces se traduce

⁶⁴⁸ También hay que destacar que existen diferencias en lo que se refiere al encuadramiento, la financiación y la cotización con respecto al Régimen General.

en discriminación hacia el sujeto (infraprotección), y otras en una protección superior a la existente para el propio Régimen General u otros Regímenes Especiales; también es el propio sistema, con esta configuración, el que establece desigualdades financieras entre los diferentes Regímenes existentes rompiendo así los objetivos de solidaridad y equidad que se manifiestan como principios generales de nuestro sistema ya que el nivel de protección va a depender del estado financiero de cada Régimen y, por tanto, de su propia capacidad quedando roto otro de los principios fundamentales, el principio de unidad. Los Regímenes Especiales, en su gran mayoría, son incapaces de sostenerse por sí mismos por lo que se ha optado por recurrir a la transferencia de fondos derivados del Régimen General y a la asignación de fondos por parte de los Presupuestos Generales del Estado. Estos Regímenes no respetan el principio de *“igual cotización, igual protección”* consagrado en los Pactos de Toledo⁶⁴⁹.

Toda la existencia de esta diversidad de Regímenes se traduce, también, en una gran dispersión normativa aunque, si bien es cierto, con la aprobación del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de septiembre por el que se aprueba el nuevo TRLGSS se ha intentado regular de manera más uniforme todos los Regímenes Especiales

⁶⁴⁹ Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R. (2015). *Manual de seguridad social* (11ª edición). Madrid: Tecnos, 75 y ss.

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL:
ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL A LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD E
IGUALDAD RECONOCIDOS EN EL ÁMBITO EUROPEO E INTERNACIONAL

quedando encuadrados dentro del citado texto legislativo lo que permite una menor dispersión de las normas aplicables⁶⁵⁰.

⁶⁵⁰ En el texto del anterior TRLGSS de 1994 no estaba incluida la regulación específica de los Regímenes Especiales de forma tan detallada como lo hace el nuevo TRLGSS.

CAPÍTULO III: ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL A LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD E IGUALDAD RECONOCIDOS EN EL ÁMBITO EUROPEO E INTERNACIONAL.

1. INTRODUCCIÓN.

Resalta la relevancia de este último Capítulo en el que trataré de determinar el grado de adaptación real de nuestro ordenamiento jurídico a la normativa Internacional y Europea en materia de Seguridad Social mediante el estudio de los principios de Universalidad e Igualdad, destacando, asimismo, algunos de los fracasos o incumplimientos originados en nuestro sistema.

A la hora de analizar dicho grado de adaptación debo ceñirme a multiplicidad de normas, pero todas y cada una de las más importantes ya se encuentran reflejadas en los dos anteriores capítulos de este estudio; pudiendo asegurar que la base principal de todo el elenco de normas lo constituye la Declaración Universal de Derechos Humanos que ha sido, desde el comienzo de este estudio, la que ha marcado un

antes y un después en el reconocimiento del derecho a la Seguridad Social como un Derecho Social Fundamental.

Entiendo que lo correcto será realizar el análisis a través de algunos de los principios y valores establecidos en nuestro sistema y comprobar el grado real de cumplimiento; en esta labor de análisis, como he señalado anteriormente, centraré mi estudio en los principios de Universalidad e Igualdad dada la importancia y necesaria unión entre ambos, por ello, se hace obligatorio determinar si todos los sujetos y situaciones que las normas estudiadas nos recomiendan u obligan a incluir dentro del ámbito de aplicación del sistema realmente se encuentran inmersos en el mismo y si son susceptibles de un trato igualitario o equitativo.

Cuando hablamos de Seguridad Social, en muchas ocasiones, pensamos en un sistema de protección nacional, ahora bien, la existencia de migraciones en un mundo cada vez más globalizado hace obligatorio que debemos tender a la *supranacionalidad*⁶⁵¹ y, por tanto, caminar hacia la Universalidad del sistema y, así, a la consecución de la Igualdad efectiva del mismo⁶⁵².

⁶⁵¹Falguera i Baró, M. À. (2016). La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la sala de lo social del tribunal supremo. algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 33-71.

⁶⁵² En este sentido y en relación a la *Supranacionalidad*, en STJUE Costa/Enel de 15 de julio de 1964 se pronunció el TJUE estableciendo que, “*la Unión Europea está dotada de instituciones y personalidades jurídicas propias, que han circunscrito, en determinados ámbitos, sus derechos soberanos y han creado un cuerpo de normas aplicable a todos los ciudadanos y a ellos mismos*”. Por lo que la “supranacionalidad”, supone la cesión de ciertas competencias soberanas (en algunas materias); tal autonomía se manifiesta, principalmente, en tres aspectos: la atribución de competencias estatales a las instituciones europeas, el establecimiento de un sistema institucional propio de creación de normas y de otro para el control de la aplicación y de la interpretación de las normas.

Hasta ahora he podido comprobar que la realidad dista mucho de las aspiraciones de las normas basándome, por ejemplo, en el principio de Universalidad ya que el grado de consecución del mismo nos lleva a comprobar que, en realidad, no existe Universalidad real sino, únicamente, Universalidad relativa del sistema; esto no es más que un apunte sobre lo que plasmaré en el presente capítulo en el que se verá, claramente, que existen varias problemáticas en relación a la aplicación de los mandatos internacionales y europeos en el sistema de Seguridad Social español y que la adaptación es únicamente relativa.

Sin lugar a dudas una de las fuentes más importantes para poder comprobar el grado de adaptación y, por tanto, las carencias del sistema es la jurisprudencia emanada de nuestros dos grandes Tribunales, es decir, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, así pues, en esta parte del trabajo se hace imprescindible prestar especial atención a sus fundamentaciones para llegar a las conclusiones definitivas; sus sentencias son un claro reflejo de los problemas existentes en nuestro sistema, por un lado, y de las soluciones encontradas, por otro.

Dada la importancia del principio de Igualdad (o el derecho a la Igualdad ante la Ley), entiendo necesario que este sea el primero de los temas a tratar en cuanto a lo que a adaptación de la norma se refiere; sin género de dudas, el derecho a la Igualdad está íntimamente relacionado con el principio de Universalidad y ambos conceptos van

unidos de modo que un alto nivel de Igualdad va a ser proporcional a una alta consecución de la Universalidad total del sistema, y al revés.

Hay que recordar que el derecho a la Igualdad se encuentra regulado en el artículo 14⁶⁵³ de la Constitución Española de 1978; dicho artículo se halla ubicado en el Título I: “De los derechos y deberes fundamentales”, Capítulo Segundo “Derechos y Libertades” lo que lo convierte en un Derecho Fundamental y, por lo tanto, dotado de mayor protección. Ciertamente es, no obstante, que el precepto constitucional citado únicamente establece que *“Los españoles son iguales ante la Ley...”*, nada dice pues con respecto a aquellos que no posean la condición de español y, por tanto, restringe el ámbito de aplicación, es decir, nos encontramos frente a un modelo que consagra la Universalidad relativa y, por tanto, la Igualdad no real, si bien es cierto que, dada su naturaleza jurídica, la Igualdad es un derecho subjetivo por el que deben velar los órganos judiciales españoles y que puede ser invocado ante el Tribunal Constitucional pero, además, para los poderes públicos debe ser un criterio a seguir en todas y cada una de sus actuaciones⁶⁵⁴; además, es un derecho subjetivo que debe proyectarse en todas y cada una de las relaciones jurídicas y aplicarse en el ejercicio de todos los derechos. La Igualdad es configurada en la Constitución Española en

⁶⁵³ *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.*

⁶⁵⁴ *Atendiendo a lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución Española que establece que “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...”*

un triple sentido: como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1⁶⁵⁵, como principio general en el artículo 9.2⁶⁵⁶ y como principio y Derecho Fundamental en el artículo 14⁶⁵⁷.

No solo hemos de centrarnos en el artículo 14 de la Constitución Española para poder entender y cumplir con el verdadero alcance del principio de Igualdad⁶⁵⁸ ya que en su propio artículo 1, después de indicar que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, propugna la Igualdad como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, lo cual tiene una enorme importancia, pues no podríamos entender una tipología de Estado como el nuestro si la Igualdad no fuese uno de sus postulados rectores.

Por otro lado, el art 9.2 de la Constitución Española obliga a los poderes públicos a promover todos aquellos actos que sean necesarios para que tanto la libertad como la Igualdad de los individuos (y de los grupos que componen nuestra sociedad), sean reales y efectivas⁶⁵⁹; el artículo fundamental en este sentido, como he mencionado en el párrafo anterior, es el artículo 14 de la Constitución Española y es el

⁶⁵⁵ “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

⁶⁵⁶ “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

⁶⁵⁷ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

⁶⁵⁸ Si bien es cierto que el artículo 14 de la Constitución Española no impide que se lleven a cabo acciones encaminadas a la discriminación positiva que supongan medidas compensatorias a determinadas minorías encaminadas a otorgarles ciertos privilegios de integración.

⁶⁵⁹ Nogueira Gustavino, M. (2011). El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales. *Revista De Relaciones Laborales*, (25), 19-52.

centro del principio, y como ya mencioné, por su posición privilegiada dentro de los Derechos Fundamentales⁶⁶⁰.

El Tribunal Constitucional ha llegado a realizar una interpretación conjunta de todos los preceptos constitucionales que dan forma al principio de Igualdad dentro de nuestro ordenamiento jurídico y ha extraído cuatro vertientes emanadas del mismo; por un lado el principio de Igualdad ante la ley, por otro el principio de Igualdad en la aplicación de la ley y el principio de Igualdad administrativa y, en último lugar, el derecho a no ser discriminado por motivos personales o sociales⁶⁶¹:

A) El principio de Igualdad ante la Ley: Este principio establece que se debe tratar del mismo modo a los que son iguales y de manera diferente a los desiguales, es decir, se prohíbe el tratamiento desigual carente de justificación. Lo que emana de dicho principio es que la ley debe ser general y abstracta para poder alcanzar un nivel de Universalidad relevante en nuestro ordenamiento jurídico, ahora bien, el principio de Igualdad puede no operar constantemente de manera objetiva y razonada, lo que supone que un trato desigual no siempre es discriminatorio si este se basa en causas objetivas y razonadas por lo que dichas fuentes son las que van a determinar la actuación del legislador como

⁶⁶⁰ Font Oporto, P. (2013). El artículo 9.2 CE, entre el valor igualdad y el estado social: estudio histórico y sistemático *Revista General De Derecho Constitucional*, 16, 6.

⁶⁶¹Nogueira Gustavino, M. (2011). El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales. *Revista De Relaciones Laborales*, (25), 19-52.

constitucionalmente justificada o arbitraria y, por tanto, inadmisibles constitucionalmente.

- B) El principio de Igualdad en la aplicación de la Ley: Lo que se pretende desde este prisma del principio de Igualdad es evitar la arbitrariedad judicial, es decir, se prohíbe que un órgano modifique arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales si no motiva su cambio de criterio.
- C) El principio de Igualdad administrativa: Esta categoría podría englobarse dentro de la anterior (Igualdad en la aplicación de la Ley), pero tiene más sentido tratarla con carácter propio. Lo que emana del mandato constitucional, en lo que al principio de Igualdad y la administración se refiere, es que cualquier actividad de la administración debe estar basada en la igualdad de todas las personas ante la ley tanto en sentido material como en sentido formal, ya que la inaplicabilidad del principio supondría atentar en contra de la libertad y la dignidad del individuo. En el caso que me ocupa se podría definir como la determinación positiva del acceso a la asistencia y a los servicios públicos sin que puedan existir discriminaciones injustificadas.
- D) El derecho a no ser discriminado por motivos personales o sociales: Esta categoría se puede entender como derivada del principio de Igualdad ya que no estamos hablando del principio en sí. En esta

vertiente del principio de Igualdad se enlaza con valores inherentes a la dignidad de la persona y parte de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas sistemática y tradicionalmente marginados.

Cabe mencionar en este momento, como ejemplo, la STC 177/1993, de 31 de mayo en la que el Tribunal Constitucional establece, en relación al principio de Igualdad, varios criterios⁶⁶². Lo que se deriva directamente de esta Sentencia se puede resumir en los siguientes tres conceptos:

- No toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución Española y, por ende, del principio de Igualdad si no se produce entre dos situaciones que sean iguales.
- El principio de Igualdad supone que deben atribuirse iguales consecuencias a iguales supuestos de hecho.
- El principio de Igualdad solo prohíbe las desigualdades de trato injustificadas.

El Tribunal Constitucional ha definido el principio de Igualdad *como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación*

⁶⁶²Tapia Hermida, A. (2007). Ritos matrimoniales y pensión de viudedad. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, (296), 117-134.

*objetiva y razonable y ha afirmado el carácter vinculante de este principio tanto para el legislador como para los órganos aplicadores del derecho y los particulares*⁶⁶³.

En el caso de este estudio, lógicamente, la exposición debe centrarse en las tres vertientes extraídas por el Tribunal Constitucional ya que todas ellas afectan al derecho a la Seguridad Social y al derecho de los individuos a acceder a ella.

Debo recordar lo enunciado en el capítulo I de este estudio⁶⁶⁴ por la autora Añón Roig, que defiende que los derechos económicos, sociales y culturales son “...derechos de igualdad económica y social y, también, de solidaridad con los más débiles de nuestras sociedades⁶⁶⁵”.

Ya dejé claro en ese apartado del trabajo, como conclusión, que los derechos sociales son derechos de igualdad, es decir, no están encaminados a defender al individuo frente a la discriminación normativa, sino a “gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención... a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada⁶⁶⁶”.

⁶⁶³ Gálvez Muños, L. (2003). *Sinopsis artículo 14 de la Constitución*. Actualizado por Sieira, S. Letrada de Las Cortes Generales. Enero 2011. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>. (Consultado el 29 de febrero de 2016).

⁶⁶⁴ Enunciado en el punto 3 “Derechos económicos, sociales y culturales” de la página 35 del presente trabajo.

⁶⁶⁵ Añón Roig, M. J. y García Añón, J., (2004). Página 13. *Lecciones de derechos sociales* (2ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch.

⁶⁶⁶ Abramovich, V., Añón Roig, M. J., y Courtis, C. (2003). Página 122. *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México, D.F.: Fontamara.

En el ámbito de la Unión Europea se debe releer el artículo 2⁶⁶⁷ del Tratado de la Unión *en el que se realiza una proclamación formal de los valores superiores*⁶⁶⁸ de la misma. En este caso se establece⁶⁶⁹ que la *Unión* se fundamenta en ciertos valores entre los que, obviamente, se encuentra la Igualdad aunque bien es cierto que no se establece a quién van dirigidos dichos valores; sí nombra, en este caso, los derechos de las personas pertenecientes a minorías pero no vincula, en ningún momento, a los Estados a velar por aquellos que no tengan la condición de ciudadanos.

En los capítulos I y II de este estudio ya concreté varios aspectos relativos al principio de Igualdad y su relación con el principio de Universalidad y se estableció la fundamentación para la consideración del derecho a la Seguridad Social como Derecho Social Fundamental; de nuevo el argumento en el que halla su base la importancia del principio de Igualdad en esta materia se encuentra en la justificación del porqué del derecho a la Seguridad Social como Derecho Social Fundamental. Si volvemos a los primeros artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos encontramos, en primer lugar, que

⁶⁶⁷ “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, Igualdad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos Humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la Igualdad entre mujeres y hombres.”

⁶⁶⁸ Gálvez Muños, L. (2003). *Sinopsis artículo 14 de la Constitución*. Actualizado por Sieira, S. Letrada de Las Cortes Generales. Enero 2011. <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>. (Consultado el 29 de febrero de 2016).

⁶⁶⁹ El artículo 2 fue introducido por el apartado 3) del artículo 1 del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (D.O.U.E.C. 17 diciembre). Se corresponde con el artículo 1 bis renumerado conforme establece la tabla de correspondencias que figura anexa al Tratado de Lisboa. *Vigencia: 1 diciembre 2009*.

su artículo 1⁶⁷⁰ consagra que *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”*, se hace un reconocimiento amplio de la Igualdad ya que incluye a *todos los seres humanos*, no realiza distinción alguna basada en la nacionalidad o las condiciones personales y, por tanto, se establece como un principio básico de los Derechos Humanos; por otro lado el artículo 2⁶⁷¹ de la Declaración Universal de los Derechos Humanos funda que *toda persona* puede disfrutar de igual modo de los derechos y libertades proclamados en dicha Declaración por lo que establece, sin lugar a dudas, la Igualdad para todos sin hacer mención (de nuevo), a ninguna limitación motivada por la condición de la persona, sino todo lo contrario; deja entrever, sin lugar a dudas, la búsqueda de la Universalidad⁶⁷² además de la Igualdad porque, tal y como ya he dicho en reiteradas ocasiones, ambos principios van unidos y uno no puede existir sin la presencia del otro.

El más importante de los artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en el tema que me ocupa), es, sin duda, el artículo 22⁶⁷³ de la misma donde consagra que *toda persona* tiene derecho a la

⁶⁷⁰“*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*”

⁶⁷¹“*Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*”

⁶⁷² Que trataré más adelante.

⁶⁷³“*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional y en conformidad con la*

Seguridad Social, si bien es cierto que restringe este acceso a la *organización y recursos de cada Estado* por lo que, como ya expliqué en el primer Capítulo de este trabajo, cada Estado limitará el acceso como considere oportuno dependiendo de las posibilidades del mismo de modo que, aunque obliga a los países a conseguir la Igualdad y la Universalidad en el sistema, veremos más adelante que, del mismo modo, les deja libertad justificada, eso sí, para decidir cómo y a quién incluir y excluir.

Otra de las normas fundamentales en la materia es el Tratado de la Unión Europea⁶⁷⁴ que en su artículo 1 bis⁶⁷⁵ establece: “*La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, Igualdad...*”; la Unión Europea está reconociendo aquí la importancia de valores como la dignidad, la libertad o la Igualdad.

Conviene, en este punto, traer a colación lo ya dispuesto en el epígrafe 1.4.1 del Capítulo I de este trabajo, en relación a “los instrumentos europeos y la Seguridad Social” ya que uno de los principios en los que se basan los Reglamentos europeos es el principio de Igualdad de trato y no discriminación por razón de nacionalidad y residencia; sobre este tema hay que mencionar que hace referencia, únicamente, al trato

organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

⁶⁷⁴ Modificado por el Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Vigente desde el 1 de diciembre de 2009.

⁶⁷⁵ “*La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, Igualdad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos Humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la Igualdad entre mujeres y hombres.*”

igualitario entre ciudadanos europeos y que nada regula con respecto al resto de extranjeros.

Hay otros muchos instrumentos que consagran el principio de Igualdad como puede ser, por ejemplo, la Directiva 2000/43/CE⁶⁷⁶ de aplicación del principio de Igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico (que, claramente, incluye a todas las personas sin hacer diferenciación en su estatus de residencia o ciudadanía pero, de nuevo, entendiendo como tales, únicamente, a los ciudadanos europeos); existen otros como el Convenio número 118 de la OIT “*Convenio relativo a la Igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social*”⁶⁷⁷ en el que, de nuevo, se consagra la Igualdad de trato entre unos y otros.

Pasando a centrar ahora mi estudio en el ordenamiento jurídico interno, en primer lugar, se debe estar a lo establecido en el artículo 41⁶⁷⁸ de la Constitución Española de 1978 que consagra la obligatoriedad del Estado de garantizar la Igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes en materia de Seguridad Social; cierto es, como ya expliqué en el apartado correspondiente, que aunque reconoce el derecho a la Seguridad Social lo hace únicamente hacia todos los *ciudadanos* lo que manifiesta la delimitación real que hace la

⁶⁷⁶DIRECTIVA 2000/43/CE DEL CONSEJO de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de Igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico
⁶⁷⁷*Convenio relativo a la Igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social (Entrada en vigor: 25 abril 1964) Adopción: Ginebra, 46ª reunión CIT (28 junio 1962).*

⁶⁷⁸“*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.*”

Constitución frente al sistema de Seguridad Social. Este mandato constitucional se materializa por lo dispuesto en el artículo 2.1⁶⁷⁹ del TRLGSS que establece que nuestro sistema de Seguridad Social se fundamenta, entre otros, en el principio de Igualdad

El principio de Igualdad supone la obligatoriedad del Estado de *tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En un sentido técnico-jurídico lo que prohíbe en puridad es la existencia de tratamientos desiguales carentes de justificación o desproporcionados, es decir, busca evitar desigualdades irrazonables no justificadas objetivamente, por lo que, a contrario, tratamientos diferenciados entre situaciones iguales que respondan, sin embargo, a una justificación objetiva y razonable y cuyas consecuencias sean proporcionadas, resultarán plenamente conformes con el artículo 14 Constitución Española*⁶⁸⁰.

Partiendo de la base de que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, esto conlleva una necesaria intervención de los poderes públicos a la hora de conseguir la efectividad de sus postulados, entre ellos la libertad y la Igualdad; se puede decir que la Igualdad se presenta *como un imponente y trascendente punto de partida para propiciar el cambio hacia un pacto que amplíe la protección de los derechos y dote a la Constitución de la ductilidad*

⁶⁷⁹“El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los Principios de Universalidad, unidad, solidaridad e Igualdad.”

⁶⁸⁰ Nogueira Gustavino, M. (2011). El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: Perspectiva constitucional reciente. *Revista De Relaciones Laborales*, (25), 19-52.

*necesaria para albergar el sistema de garantías suficientes que haga efectivos todos los derechos constitucionalizados*⁶⁸¹.

Hay que destacar que la consecución de una Igualdad real entre todas las personas nos llevaría hasta la Universalidad real y no relativa del sistema de Seguridad Social (aplicable, quizá, a otros sistemas en su caso), pero que aún dista mucho de conseguirse en el nuestro; sigamos, pues, la aplicación del principio de Universalidad, por ejemplo, en el sistema con relación a la asistencia sanitaria (a la que me referiré en los siguientes epígrafes). En este sentido, es de resaltar que *la compleja interrelación entre el Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social ha imposibilitado, hasta ahora, la consecución de la universalización* ya que existen ciertos colectivos (como buen ejemplo tenemos la situación de los extranjeros en situación administrativa irregular en España), que no ven cubiertas sus necesidades sanitarias lo que supone que principios tales como equidad, eficiencia y calidad no están siendo instrumentos cohesionadores del sistema ya que, para que así fuese, deberíamos entender la universalización como lo que debería ser en realidad: un *contenido homogéneo y con financiación pública para todos* (sin distinción entre personas⁶⁸²).

Con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se modifica el TRLGSS se vuelve a regular el alcance del derecho a la Seguridad Social de forma organizada y

⁶⁸¹Macías Jara, M. (2013). La plena Igualdad como garantía de los derechos sociales y la proyección de la solidaridad. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (2), 79-102.

⁶⁸²Sevilla Pérez, F. (2006). La universalización de la atención sanitaria. sistema nacional de salud y seguridad social. *Documentos De Trabajo (Laboratorio De Alternativas)*, (86)

unificada (a lo que ya hice referencia en epígrafes anteriores); este texto, en consonancia con el artículo 41 de la Constitución Española en el que se ordena a los poderes públicos “...mantener un régimen público de Seguridad Social”, para “todos los ciudadanos”, deja claro el espíritu de la Carta Magna y del TRLGSS de aplicar el principio de Universalidad solo que nos encontramos con el problema de qué significado otorgarle a “todos los ciudadanos”, ya que, como he dicho en reiteradas ocasiones, justifica que ciertos sujetos queden fuera del ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social. De este modo, el TRLGSS no hace más que acotar la regla constitucional del artículo 41 estableciendo que “todos los ciudadanos” son los que el legislador, a voluntad propia, establezca en cada momento dependiendo de las características económicas y sociales de cada circunstancia histórica: pues bien, no debemos olvidar el mandato del artículo 2.1 del TRLGSS que establece que “El sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de Universalidad, unidad, solidaridad e igualdad”. Si entendemos el principio de Universalidad con la consideración que la Constitución Española le atribuye, debemos suponer que está pensado para que las *políticas públicas, la acción del gobierno, la actuación legislativa y el control y aplicación de las normas por parte del poder judicial*, lo apliquen como uno de los objetivos constitucionales que es; es cierto que, a priori, ningún problema existe en la aplicabilidad de este principio cuando de ciudadanos españoles

se trata, pero si se profundiza en la materia existen problemas como los que encuentran los sujetos que no cotizan al sistema y que, en ocasiones, se quedan fuera de la protección del mismo por esta característica; en cuanto a los sujetos extranjeros hay ciertas limitaciones al ejercicio de sus derechos que impiden que el principio de Universalidad opere del modo para el que está pensado y en función del mandato constitucional. Es cierto que sí hay extranjeros que se benefician de la acción protectora del sistema de Seguridad Social para, así, poder acercarnos al nuevo concepto de globalización que se está produciendo en el mundo en estos momentos por diversas causas (guerras, pobreza, crisis, etcétera), pero buscando justificación en la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social el principio de Universalidad deja de operar en aras de la sostenibilidad económica del país (algo protegido en los mandatos internacionales, europeos y comunitarios), por lo que la economía, de nuevo, está por encima de las necesidades de las personas y, además, justificado legalmente.

Podría resumir el impacto del principio de Universalidad en nuestro ordenamiento jurídico diciendo que tanto españoles como extranjeros pueden acceder al sistema de Seguridad Social pero no en las mismas condiciones, por lo que estamos ante una implantación relativa del principio de Universalidad que se ha visto afectado por las políticas del país, los ajustes del gasto público y la crisis económica ya que, recordemos, que estos gastos se financian, en su gran mayoría, por la

vía impositiva o de cotizaciones en aplicación del principio de solidaridad de las prestaciones de esta categoría⁶⁸³.

Muchas son las ocasiones en las que, dentro de nuestro sistema de Seguridad Social, se ha visto afectado el principio de Igualdad; en realidad hay que analizar la diferencia que existe entre Igualdad y equidad. El sistema puede no ser igualitario pero puede ser un sistema equitativo en el que lo que se consiga sea un trato favorable para los más perjudicados; ahora bien, es cierto que, del mismo modo, nos encontramos con problemas que vienen generados por situaciones que no buscan la equidad pero fomentan la desigualdad, por lo que habrá que disgregar la falta de Igualdad y la generación de equidad del sistema.

Indudablemente existen situaciones en las que debemos fomentar la desigualdad dejando de lado el principio de: “*A mismo supuesto de hecho misma consecuencia jurídica*” ya que, en ocasiones, se hace necesario aplicar diferentes soluciones a problemas iguales para poder proteger de manera íntegra al sujeto.

Varios son los problemas que se encuentran en materia de vulneración del principio de Igualdad y, por ende, del principio de Universalidad. Desde un análisis exhaustivo de la aplicación de los principios de Universalidad e Igualdad en nuestro sistema de Seguridad Social se pueden encontrar, sin lugar a dudas, diversas y variadas situaciones en

⁶⁸³ Ramos Quintana, M. I. (2016). El ámbito subjetivo del sistema de la seguridad social en el nuevo texto refundido. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (4)

las que las prestaciones no se adaptan o, a priori, violan dichos principios.

En lo que se refiere al principio de Igualdad podemos encontrar, por ejemplo, el problema planteado sobre el acceso a las prestaciones por los trabajadores que prestan sus servicios a tiempo parcial o los empleados al servicio del hogar familiar ya que son colectivos protegidos por el sistema pero en términos que, en algunos casos, hacen dudar o, incluso, han sido problemáticos desde la perspectiva exclusiva de aplicación del principio de Igualdad. Ahora bien, he decidido centrar mi estudio en algunas de las cuestiones surgidas en relación a determinadas prestaciones y situaciones y su incidencia en el principio de Universalidad como son, por ejemplo, el acceso a la prestación por hijo o menor a cargo en el caso de los extranjeros en situación administrativa regular en España, las prestaciones por desempleo y accidente de trabajo así como la asistencia sanitaria para el caso de los extranjeros en situación administrativa irregular en España y el acceso a las pensiones de viudedad en el caso de las parejas de hecho, los matrimonios entre personas del mismo sexo, los matrimonios polígamos y los matrimonios consuetudinarios. Estos casos han sido tratados por nuestros órganos judiciales desde diferentes posturas; algunos de ellos han sido solucionados, a otros, en cambio, les queda camino por delante para poder conseguir cumplir con los principios de Igualdad tal y como se emanad de nuestra Constitución y de la concepción del Estado Social y Democrático de

Derecho y, por tanto, con la consecución de la Universalidad real de nuestro sistema. Debemos tener en cuenta que, tradicionalmente, ha habido diferencias entre la Igualdad formal, es decir, la reconocida por la legislación y la Igualdad real, es decir, la que se aplica cotidianamente formando conceptos totalmente diferentes pero es cierto que hoy en día se entiende que la Igualdad real es un *correctivo* de la Igualdad formal⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴Macías Jara, M. (2013). La plena Igualdad como garantía de los derechos sociales y la proyección de la solidaridad. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (2), 88-90.

2. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y UNIVERSALIDAD Y LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

2.1 Introducción.

La Igualdad de trato constituye un derecho imprescriptible de los trabajadores migrantes en tanto que hace referencia a un sujeto y un principio fundamental de cualquier coordinación, porque este principio se ha convertido en la piedra angular de todos los sistemas erigidos en este ámbito con el desarrollo y la complejidad crecientes de los sistemas de Seguridad Social.

Me parece interesante comenzar este epígrafe con esta frase que resume, muy brevemente, la finalidad y la justificación de este estudio. La Igualdad es, sin lugar a dudas, y tal y como se ha manifestado a lo largo de estas páginas en reiteradas ocasiones, uno de los pilares fundamentales en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro; la Igualdad debe primar sobre cualquier escenario o interés ya que es la base fundamental de la Universalidad real del sistema.

El principio de Universalidad se basa en la consecución de la aplicación del principio de Igualdad teniendo en cuenta que todas las personas son iguales entre ellas y que, por tanto, tienen los mismos derechos (son iguales ante la Ley), y la única manera de llegar a conseguir la aplicación de ambos principios constitucionales es materializarla a

través de la Igualdad de trato de las personas independientemente de su situación administrativa, equiparando a los inmigrantes con los nacionales en materia de prestaciones.

Se puede decir que todos los extranjeros⁶⁸⁵ (en situación regular y en situación irregular), pueden ser titulares de los derechos naturales pero que, ciertamente, se hace más complicado que sean acreedores de derechos de distinta naturaleza, ya que se deberá estar a lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Constitución Española por lo que dependerán de lo que cada Tratado o texto normativo establezca en concreto para el caso en cuestión.

Si se realiza una lectura detallada del artículo 13⁶⁸⁶ de la Constitución, el lector podrá advertir que el mismo no distingue diferentes estatutos de extranjería, si bien ello no podría justificar un trato desigual entre

⁶⁸⁵ En relación a los extranjeros comunitarios es de aplicación el Decreto 987/2015, de 30 de octubre, (mediante el presente real decreto se incorpora al derecho español el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE), por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el cual, en su exposición de motivos, ya establece que el derecho a la libre circulación es de aplicación para todos los sujetos de un país miembro de la Unión Europea, así pues, adaptando nuestro ordenamiento jurídico a lo establecido en el derecho de la Unión se hace innecesario tratarlos como extranjeros ya que, en todos los sentidos, tienen la libertad de acceso al mercado de trabajo y, por tanto, al sistema de prestaciones del sistema de Seguridad Social en las mismas condiciones que un nacional.

⁶⁸⁶ "1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. 3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo. 4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España."

extranjeros en situación administrativa regular y los que se encuentran en situación administrativa irregular pero, como ya apuntaré más adelante, hay que tener en cuenta la realidad socio-económica del país (y más si cabe la vertiente económica de la misma); cierto es que el precepto constitucional establece que los extranjeros “*gozarán de las libertades públicas que garantiza el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley*”, lo que puede justificar un reconocimiento legal limitado de derechos a los extranjeros en relación a los españoles. Obsérvese además, tras dicha lectura detallada del artículo 13, que se evidencia que el legislador constituyente decidió aplicar el principio de Igualdad de manera no comparable entre españoles y extranjeros ya que estableció un principio de equiparación limitada del mismo consiguiendo la distinción entre ciudadanía extranjera y ciudadanía nacional.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional estableció en el Fundamento Jurídico número 4 de su Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, y en el Fundamento Jurídico número 5 de su STC 99/1985, de 30 de septiembre, que la Constitución Española “...*es obra de españoles...*” pero que no queda establecido que sea únicamente “...*para españoles*...”; es decir, que el artículo 13 de la Constitución Española hace extensible la aplicación de las leyes nacionales a los extranjeros siempre bajo la interpretación de los Tratados y las Leyes pero que, no obstante, existen una serie de derechos que pertenecen a la persona por el mero hecho de serlo y que, perceptiblemente, serán de aplicación

para todos por igual independientemente de su nacionalidad o situación administrativa . Por otro lado, el Alto Tribunal, remarca que *“...el problema de la titularidad y ejercicio de los derechos dependerá...del derecho afectado”*. Así pues, el Tribunal Constitucional establece que existen una serie de derechos que no pueden ser aplicables a los extranjeros y son, en concreto, los establecidos en el artículo 23⁶⁸⁷ de la Constitución Española⁶⁸⁸; del mismo modo existen otro tipo de derechos que serán extensibles a los extranjeros dependiendo de lo establecido en los Tratados y las Leyes *“...siendo entonces asumible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio...la inexistencia de declaración constitucional que proclame la Igualdad de los extranjeros y españoles no es, sin embargo, argumento bastante para considerar resuelto el problema, estimando que la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible⁶⁸⁹ ...”*.

Hay que recordar lo que ya mencioné en epígrafes anteriores: la Seguridad Social, en nuestro sistema constitucional, no está englobada dentro de la categoría de las libertades públicas o de los Derechos Fundamentales, ni tan siquiera como un derecho constitucional, sino que es un principio rector de la política social en nuestro país; partiendo

⁶⁸⁷ “1. 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. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.”

⁶⁸⁸ Si bien es cierto que los ciudadanos de la Unión Europea, por ejemplo, sí pueden participar en las elecciones locales.

⁶⁸⁹ El TC en el Fundamento Jurídico número 5 de su STC 99/1985, de 30 de septiembre y en el Fundamento Jurídico número 4 de su STC 107/1984, de 23 de noviembre.

de esa base, en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, se establecieron los criterios sobre la titularidad de los derechos de los extranjeros en España y cabe destacar que, además de tener derecho al disfrute de los Derechos Fundamentales, las libertades públicas y los derechos constitucionales se establecía el derecho de los mismos a disfrutar de los principios rectores de la política social y económica (donde se encuentra englobado nuestro sistema de Seguridad Social).

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, regula el derecho a la Seguridad Social en los artículos 10⁶⁹⁰ y 14⁶⁹¹ estableciendo que los extranjeros residentes tendrán los mismos derechos que los nacionales en materia de Seguridad Social, ahora bien, un inciso hace en su artículo 14 sobre los extranjeros en situación administrativa irregular ya que únicamente les reconoce el acceso a los servicios y a las prestaciones sociales básicas; es cierto que establece la operatividad del principio de Igualdad entre extranjeros y españoles para acceder a

⁶⁹⁰ “1. 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. 2. Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.” Artículo 10 redactado por el apartado doce del artículo único de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social en el BOE de 12 de diciembre con Vigencia 13 de diciembre de 2009.

⁶⁹¹ “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.” Artículo 14 redactado por el apartado dieciséis del artículo único de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (B.O.E. 12 diciembre). Vigencia: 13 diciembre 2009

las prestaciones y servicios del sistema de Seguridad Social pero hace el inciso de la obligatoriedad de la residencia legal como requisito indispensable, de modo que el principio de Igualdad del artículo 14⁶⁹² de la Constitución Española deja de ser efectivo, aunque es cierto que en el artículo 14 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, se les reconoce a los extranjeros en situación administrativa irregular las prestaciones básicas.

Cabe recordar que existen ciertos Derechos Fundamentales que por su naturaleza jurídica y sin lugar a dudas, son derechos de los que debe disfrutar cualquier individuo independientemente de su nacionalidad; uno de los criterios esgrimidos en la Constitución Española para determinar de cuáles se trata es la utilización de los términos “*toda persona*” o “*todos*”, ahora bien, del mismo modo, hay que recordar que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, parte de la aplicación del principio de Igualdad entre nacionales y extranjeros en el disfrute de derechos (incluidos los sociales), siendo las únicas diferencias admitidas aquellas establecidas en la propia ley y que, como se verá en párrafos posteriores, se condiciona a la obtención de la autorización para trabajar o para residir legalmente en España⁶⁹³.

⁶⁹² “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

⁶⁹³ Según la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 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.

Se podría resumir la situación de los extranjeros en España haciendo una lectura simple del artículo 14 de la Ley de Extranjería que establece que: *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*". El extracto es sencillo: los extranjeros en situación administrativa regular en España se equiparan a los nacionales⁶⁹⁴, mientras que los que se encuentran en situación administrativa irregular únicamente tienen derecho a *los servicios y prestaciones sociales básicas*, lo que no hace más que justificar, nuevamente, que no existe un cumplimiento completo del principio de Igualdad y, por tanto, la Universalidad del sistema es, claramente, relativa.

⁶⁹⁴ Moreno Pueyo, M. J. (2004). Extranjeros inmigrantes y seguridad social española. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (257), 123-152.

2.2 Cuestiones Generales.

2.2.1 Introducción.

En lo que a extranjeros se refiere podemos encontrarnos con diferentes supuestos: extranjeros en situación administrativa regular y extranjeros en situación administrativa irregular en España lo que supone que el trato que el ordenamiento jurídico español va a conceder a los mismos va a ir en función del estatus del que gocen, es decir, los derechos que les son reconocidos y el disfrute de los mismos estará unido, directamente, a su situación administrativa.

Con respecto a la titularidad y el ejercicio de los derechos y libertades públicas de los extranjeros, el Tribunal Constitucional ha establecido tres tipos⁶⁹⁵ de situaciones diferenciadas⁶⁹⁶:

- 1) Plenitud de derechos: En esta primera situación se encontrarían los derechos que corresponden de igual modo a extranjeros y nacionales cuyo ejemplo más importante sería el derecho a la vida y a la integridad física y moral; si hablamos del caso que me

⁶⁹⁵ En este sentido SSTC 17/2013, de 31 de enero; 236/2007, de 7 de noviembre; 4/1985, de 18 de enero y 107/1984, de 23 de noviembre.

⁶⁹⁶STC 107/1984, de 23 de noviembre (BOE 21 noviembre 1984). Un análisis en profundidad de esta sistematización de los derechos y libertades públicas de los extranjeros desde la interpretación del TC en Triguero Martínez, L.A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Albacete, Bomarzo, 2008, pp. 55-60.

ocupa, la asistencia sanitaria estaría englobada dentro de esta categoría de derechos⁶⁹⁷.

- 2) Carencia de derechos: Se referiría a los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, por ejemplo, el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal⁶⁹⁸.
- 3) Potencial titularidad de derechos: Los derechos cuya titularidad comparten nacionales y extranjeros, si bien el ejercicio por estos últimos se condiciona a lo establecido por los Tratados y las leyes.

2.2.2 Los extranjeros y las autorizaciones administrativas para residir y trabajar legalmente en España.

La diferencia entre inmigrantes en situación regular y en situación irregular en España ya se establecía en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/1985⁶⁹⁹ donde se reconocía *“la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se*

⁶⁹⁷ Fernández Bernat, J. A. (2013). Asistencia sanitaria e inmigración irregular. *Revista de treball, economia i societat*, número 67, 1-16.

⁶⁹⁸ Si bien la Ley de Bases reguladora del Régimen Local sí reconoce este derecho a ciudadanos de la UE y a los extranjeros en situación regular, si se dan condiciones de reciprocidad con su país de origen.

⁶⁹⁹ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. (Vigente hasta el 1 de febrero de 2000).

*hallen legalmente en España... y estableciendo medidas especiales para impedir la presencia de extranjeros en términos no legales en España*⁷⁰⁰.

El artículo 1 del TRLGSS establece que *“El derecho de los españoles a la Seguridad Social, instituido en el artículo 41 de la Constitución, se ajustará a lo dispuesto en la presente ley”*, y, de tal modo, queda claro que todos los españoles tienen derecho a la Seguridad Social pero nada dice de los trabajadores extranjeros aunque si atendemos a lo que se establece en el artículo 7.1 de la misma norma que prevé que *“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, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional...”*, se hace extensible el ámbito subjetivo de aplicación del sistema ya no solo a todos los españoles sino a los extranjeros *que residan o se encuentren legalmente en España*, de modo que, el propio texto legal nos adelanta cuál va a ser la situación de los extranjeros en situación administrativa regular en España equiparándolos a los nacionales realizando una interpretación restrictiva del principio de Igualdad y del principio de Universalidad para declarar, una vez más, que ambos son principios relativos en nuestro sistema de Seguridad Social. Nos adelantan ambos preceptos legales que la capacidad para trabajar del

⁷⁰⁰Montoya Melgar, A. (2007). *El empleo ilegal de inmigrantes* (1a edición). Cizur Menor Navarra: Thomson-Civitas, 37.

extranjero y, por tanto, la posibilidad de quedar incluido dentro del sistema de Seguridad Social va a depender en mayor medida de las autorizaciones administrativas que de criterios de carácter social o laboral⁷⁰¹.

Hay que aclarar que, conforme a la legislación actual en la materia y su relación con la Constitución Española y los mandatos internacionales y europeos, no existe vulneración del principio de Igualdad de trato entre españoles y extranjeros en situación administrativa regular o irregular en nuestro país ya que, claramente, los extranjeros en situación administrativa regular gozan de los mismos derechos que los nacionales y a los que están en situación administrativa irregular se les dota de las protecciones sociales básicas, es decir, aquellos que van unidos a su condición de personas, a los Derechos Humanos consagrados a lo largo de la historia y, sobre todo, los que van encaminados a la protección de la vida o de la integridad física (porque sí se les reconoce la asistencia sanitaria de urgencia), si bien es cierto que en el ámbito del derecho del Trabajo y del derecho a la Seguridad Social se les otorga un trato preferente a aquellos extranjeros que se encuentran en situación administrativa regular en España, no obstante, en lo que a las prestaciones se refiere, el caso de los extranjeros en situación administrativa irregular ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a defender los derechos de estos trabajadores que por

⁷⁰¹ Sirvent Hernández, N. (2009). La residencia legal como requisito de acceso a la protección de seguridad social de los extranjeros extracomunitarios. *Revista General De Derecho Del Trabajo y De La Seguridad Social*, (20).

su situación administrativa quedaban fuera del campo de aplicación del sistema en prestaciones tales como el desempleo, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional (prestaciones, todas ellas, típicas del trabajador encuadrado dentro del sistema de Seguridad Social); en su Fundamento Jurídico número 7 de la STC 259/2007, de 19 de diciembre, el Tribunal Constitucional estableció que *“independientemente de la legalidad o ilegalidad de su situación, de suerte que en ella ha de incluirse a todo aquel que presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona...”*, reconociendo al extranjero en situación administrativa irregular el derecho a la huelga.

El artículo 7 del TRLGSS establece las barreras existentes entre el acceso a las prestaciones de carácter contributivo y las de carácter no contributivo y es de resaltar que la nacionalidad y la residencia se convierten en requisitos indispensables para poder acceder al sistema de Seguridad Social (excepto en los casos de extrema necesidad que trataré más adelante en cuanto a la asistencia sanitaria se refiere). Se podría afirmar que nuestro sistema de Seguridad Social limita el acceso a la misma más que a través del criterio de la nacionalidad basándose en el criterio de la residencia (legal) del sujeto; así la nacionalidad, la residencia o la situación legal del extranjero en España son factores indispensables.

El artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero establece, en cuanto a los trabajadores extranjeros en situación administrativa

irregular en España que *“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”*, que, interpretado conjuntamente con el Convenio número 97 de la OIT que regula la protección de los trabajadores migrantes que se encuentren en situación administrativa regular para los que el artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, “in fine”, establece que *“...En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo...”*, por ejemplo, introduciendo así ya una clara diferenciación entre unos y otros. Asimismo, el artículo 14.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social instituye que *“...los extranjeros que encontrándose en situación irregular no realicen actividad profesional alguna, disponen únicamente (como ya he mencionado antes), de prestaciones y servicios sociales básicos”*.

Uno de los ítems diferenciadores a la hora del reconocimiento de ciertos derechos a los extranjeros en España viene establecido por los criterios de ciudadanía y residencia legal de los mismos, por ejemplo, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre y en la STC 259/2007, de 19 de noviembre se declaró inconstitucional la exigencia de residencia legal en lo que se refería, por ejemplo, al derecho de asociación, la libertad sindical o el derecho a la huelga que, por tanto, quedan ahora abiertos

a la participación y disfrute de los extranjeros en situación administrativa irregular en España (cosa que no ha ocurrido en el acceso al sistema de Seguridad Social en todas sus áreas). Hay que recordar también que la regulación de la situación de los trabajadores extranjeros, en lo que al sistema de Seguridad Social se refiere, es potestad del legislador ordinario que lo podrá hacer tanto por ley orgánica, cuando afecte a alguna de las materias previstas en el artículo 81⁷⁰² de la Constitución Española, como por ley ordinaria, en los demás casos; de este modo y en palabras del Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 4º de su STC 107/1984, de 23 de noviembre: *“El legislador goza, en cambio, de mayor libertad al regular los derechos de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes”*, es decir, puede decidir si aplicar las leyes o no en los mismos términos que lo hace con los españoles y, por tanto, introducir tratamientos desiguales para extranjeros y nacionales; en la misma Sentencia establece, asimismo, el máximo intérprete de la Carta Magna, que *“El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y*

⁷⁰² “1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.

permanecer en territorio español...”, eso sí, siempre limitado por las exigencias del artículo 10.2⁷⁰³ de la Constitución Española .

La Tesorería General de la Seguridad Social en su Circular de 5 de abril de 2001 establecía que para entender que exista obligación de cotizar era necesario que el trabajador extranjero contara, obligatoriamente, con el permiso de trabajo, lo que derivó en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que en su artículo 48⁷⁰⁴ establecía sanción al empresario que empleara a extranjeros en situación administrativa irregular que equivaldría a la cantidad de las cotizaciones que hubiese debido ingresar de haber contado el extranjero con todos los permisos pertinentes.

Así, la realidad jurídica del extranjero en situación administrativa irregular en España podría entenderse como una falta de *legitimación para trabajar y residir en España* que es lo que, realmente, le concede la autorización administrativa pertinente; esta falta de legitimación

⁷⁰³ “2. Las normas relativas a los Derechos Fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

⁷⁰⁴ “1. 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. 2. 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. 3. El importe correspondiente al incremento de esta sanción se recaudará conjuntamente con el de esta última conforme al procedimiento reglamentariamente establecido en ejecución de la citada Ley Orgánica 4/2000. Las cantidades recaudadas se transferirán periódicamente a la Tesorería General de la Seguridad Social a instancias del Ministerio de Trabajo e Inmigración.”

puede razonarse como una prohibición legal expresa para realizar cualquier tipo de trabajo en territorio español; también nos podemos apoyar en la idea de que dicho contrato está viciado en cuanto a su objeto y su causa se refiere y, por tanto, estaríamos ante *un objeto negocial ilícito* que, obviamente, nos conduciría a la invalidación del contrato. Parte de la jurisprudencia y en aplicación de la primera Ley de Extranjería, la Ley Orgánica 7/1985⁷⁰⁵ calificaba como nulo dicho contrato de trabajo según lo establecido en los artículos 6.3⁷⁰⁶ y 1.275⁷⁰⁷ del Código Civil y en los artículos 7.c) y 9.3 del anterior Estatuto de los Trabajadores hasta la aparición de la nueva redacción del artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, donde se establecía que la carencia de la pertinente autorización administrativa no era causa de invalidación del contrato de trabajo del extranjero en situación administrativa irregular en España, por lo que parte de la jurisprudencia y de la doctrina declaraban que el contrato de trabajo suscrito con un extranjero en situación administrativa irregular en España surtía efectos para empleador y trabajador con todo lo que ello conlleva⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (Vigente hasta el 01 de Febrero de 2000).

⁷⁰⁶ “3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”

⁷⁰⁷ “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.”

⁷⁰⁸ Montoya Melgar, A. (2009). El empleo ilegal de inmigrantes. *Revista De Derecho De La Unión Europea*, (17), 17-32.

La STS de 18 de marzo de 2008⁷⁰⁹, diferencia dos situaciones, una la de los contratos de trabajo celebrados con extranjeros en situación administrativa regular en España pero que carecen de permiso de trabajo y, otra, la de los extranjeros en situación administrativa irregular en España que carecen tanto de permiso de trabajo como de residencia⁷¹⁰; la citada Sentencia reconoce que para el primer supuesto el contrato de trabajo celebrado con el extranjero en situación administrativa regular en España supone el acceso a las prestaciones tanto contributivas como no contributivas del sistema de Seguridad Social, mientras que en el segundo caso solamente reconoce el acceso a las prestaciones y servicios sociales básicos, contingencias profesionales y asistencia sanitaria⁷¹¹.

El Convenio número 19⁷¹² de la OIT también reconoce igualdad de trato, independientemente de la situación administrativa del extranjero, en relación a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, ahora bien, con ciertos requisitos que desarrollaré en epígrafes posteriores; por otro lado, el artículo 14⁷¹³ de la Ley Orgánica 4/2000,

⁷⁰⁹ Número de Recurso 800/2007.

⁷¹⁰ Ortega Giménez, A. (2008). El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del tribunal supremo de 18 de marzo de 2008. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (764), 1-6.

⁷¹¹ Sánchez Rodas-Navarro, C. *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la unión europea* (2008). (1ª edición) Murcia: Laborum, 2008.

⁷¹² C019 - Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19). Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo (Entrada en vigor: 08 septiembre 1926). Adopción: Ginebra, 7ª reunión CIT (05 junio 1925) - Estatus: Instrumento en situación provisoria (Convenios Técnicos).

⁷¹³ "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

de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social establece la Igualdad de trato en materia de Seguridad Social pero lo hace en referencia a los extranjeros residentes lo que conlleva que serían de aplicación y podrían disfrutar tanto de las pensiones contributivas como de las no contributivas, pero no hay que olvidar que el artículo 7 del TRLGSS insta que tendrán derecho a incluirse en el sistema de Seguridad Social aquellos extranjeros que gocen de la condición de regular en nuestro país en lo que a permiso de residencia y de trabajo se refiere⁷¹⁴.

Lo primero que se debe determinar es cómo afecta la situación administrativa irregular⁷¹⁵ de un extranjero a la hora de recibir protección por parte del sistema de Seguridad Social español en su modalidad contributiva, ya que la situación administrativa irregular puede deberse tanto a la permanencia en nuestro país como a la

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". Artículo 14 redactado por el apartado dieciséis del artículo único de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (B.O.E. 12 diciembre). Vigencia: 13 diciembre 2009.

⁷¹⁴ Álvarez Cortés, J. C. y Plaza Angulo, J. J. (2008). Prestaciones de seguridad social. sobre la imposibilidad de acceder a la protección por desempleo por los trabajadores inmigrantes en situación irregular. *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (97), 223-238.

⁷¹⁵ "Se considera situación administrativa irregular al hecho de que desarrolle su trabajo en España concurriendo alguna circunstancia contraria a lo dispuesto en nuestra legislación de extranjería y no a cualquier otra circunstancia ajena a su condición de extranjero". Torres Andrés, J. M., España. (2005). *La situación de los extranjeros en relación con el orden social*. Página 73. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.

autorización para trabajar⁷¹⁶ que, además, es posible que se produzcan a la vez.

Los artículos 14.1 y 14.2⁷¹⁷ de la Ley 4/2000⁷¹⁸ dejan claro que los extranjeros residentes tendrán derecho a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social (cosa obvia si desarrollan su vida en idénticas condiciones a los nacionales), de lo que se desprende que quedan fuera los extranjeros en situación irregular en España; además debemos hacer una lectura completa del artículo 14 y en concreto de su apartado 3⁷¹⁹ que establece que los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas que no tienen por qué entenderse que son las comprendidas en el sistema de Seguridad Social ya que, como se ha visto antes, debe interpretarse a tenor de los artículos 7, 15 y ss. del 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.

⁷¹⁶ Sánchez-Urán Azaña, Y. (2006). Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad/ciudadanía. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (63), 249-296.

⁷¹⁷ "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."

⁷¹⁸ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁷¹⁹ "Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas."

2.2.3 Los extranjeros en situación administrativa regular en España y el derecho a la Seguridad Social.

En este punto voy a centrar mi interés en el caso de los extranjeros en situación administrativa regular en España y en el otorgamiento y disfrute de los derechos sociales de los mismos; así, se reconocen para ellos derechos tales como la educación, la asistencia sanitaria, las prestaciones y servicios del sistema de Seguridad Social⁷²⁰ tal y como establece el artículo 13⁷²¹ de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre⁷²².

El más sencillo de todos los casos es, evidentemente, el caso de los inmigrantes en situación regular en España; con el paso de los años y gracias al trabajo de los Tratados Internacionales, nuestro ordenamiento jurídico y, por supuesto, el compromiso de los órganos judiciales españoles han propiciado un gran avance en cuanto a equiparación de derechos entre extranjeros en situación regular y españoles en nuestro

⁷²⁰“Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles.”

⁷²¹“Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles”. Artículo 13 redactado por el apartado quince del artículo único de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (B.O.E. 12 diciembre). Vigencia: 13 diciembre 2009.

⁷²²Ley 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.

sistema legislativo en general y en el sistema de Seguridad Social en concreto.

Si nos remontamos a la Ley 7/1985⁷²³, de 1 de julio, hay que destacar que regulaba la situación de los extranjeros como una mera cuestión de orden público⁷²⁴ pero en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se estableció un sistema que ya se desarrollaba en base a lo establecido en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, y que después reafirmaba la STC 95/2000, de 10 de abril y, por tanto, en la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional⁷²⁵ en la que se reconocían los derechos “*imprescindibles para garantizar la dignidad humana*”⁷²⁶.

Como antecedente lógico de todo ello, comenzaré señalando que el aumento migratorio comenzó en España a partir de los años '80 por lo que el legislador tuvo que tomar medidas para controlar los flujos de personas y la lucha contra la inmigración irregular aunque, si bien es cierto, España, a partir de su adhesión al Tratado de Ámsterdam, en virtud de instrumento aprobado mediante la LO 9/1998⁷²⁷, ha intentado

⁷²³ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (Vigente hasta el 01 de Febrero de 2000).

⁷²⁴ Pumar Beltrán, N. (2010). Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España. *El futuro europeo de la protección social* (1ª edición, pp. 251-261) Murcia: Laborum, 2010.

⁷²⁵ Rivera Sánchez, J. R. (2003). La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular: Comunicación a la ponencia temática III. *Derechos y libertades de los extranjeros en España: XII congreso nacional de derecho del trabajo y de la seguridad social* (1st edición, pp. 1345-1364) Santander: Gobierno de Cantabria. Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003.

⁷²⁶ Pumar Beltrán, N. (2010). Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España. *El futuro europeo de la protección social* (1ª edición, pp. 251-261) Murcia: Laborum, 2010.

⁷²⁷ Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los

adaptar los objetivos en él establecidos a su legislación interna. Tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea asumió las competencias relativas a las políticas de asilo e inmigración y, así, fue el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo de 24 de septiembre de 2008 el que se ocupó de esta materia y estableció las pautas a seguir en la lucha contra la inmigración ilegal y la inserción social de los inmigrantes pero hay que destacar que la necesidad de mano de obra en décadas anteriores en nuestro país propició la migración desde ciertos países y que, por tanto, las políticas migratorias iban directamente relacionadas con las demandas de nuestro mercado de trabajo⁷²⁸. Como ya enunciaré más adelante, será la situación económica del país de destino, entre otros factores, los que determinarán el modo de desarrollo y aplicación de la legislación en la materia ya que las políticas migratorias se ponen al servicio del mercado de trabajo⁷²⁹.

Fue más tarde, con la aprobación en España de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando se reforzó definitivamente el principio de Igualdad ya que prevé en su artículo 14.1⁷³⁰ que los extranjeros en

Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Ámsterdam el día 2 de octubre de 1997.

⁷²⁸ López López, J. (2005). Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad. *Estudios De Derecho Judicial*, (76), 23-52.

⁷²⁹ Ramos Quintana, M. I. (2006). Inmigración y globalización económica: ¿un lugar para el derecho del trabajo? *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (63), 13-32.

⁷³⁰ "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."

situación regular deberían gozar de los mismos beneficios en lo que a materia de Seguridad Social se refiere; esto supuso un gran avance en el camino de la consecución y adaptación del principio de Igualdad y, por ende, de la universalización del sistema (eso sí, una vez más hablamos de Universalidad relativa ya que únicamente tratamos el tema de los extranjeros regulares y sus derechos dejando de lado, de nuevo, el problema de los extranjeros en situación administrativa irregular). En este sentido, es cierto que en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se establece que los extranjeros en situación administrativa irregular tienen derecho a la asistencia sanitaria básica de urgencia (tema que trataré en posteriores epígrafes).

En materia de Seguridad Social se debe enfatizar la reforma del artículo 7 del TRLGSS con su nueva redacción y que sirvió para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a lo establecido en el artículo 6⁷³¹ del Convenio número 97⁷³² de la OIT sobre trabajadores migrantes, en el que se nos obligaba a equiparar a los extranjeros residentes con los españoles en lo que a prestaciones contributivas⁷³³ se refería, si bien es cierto, que este tipo de equiparación no se producía en las

⁷³¹ "1. 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..."

⁷³² C097 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97). 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).

⁷³³ Incluso la reforma de la ley 13/1996 al mencionar a todos los extranjeros extiende la equiparación a colectivos que tradicionalmente habían sido excluidos en los Convenios bilaterales como, por ejemplo, los trabajadores autónomos. Gonzalo González, B.: "Apunte sobre los derechos de Seguridad Social de los extranjeros en España tras la Ley 13/1996, de 30 de diciembre", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 2, 1997, pág. 98 y ss.

pensiones no contributivas, y así se reflejaba en el artículo 7.5 del TRLGSS. No obstante, tal diferenciación desaparece con la redacción del artículo 14.1⁷³⁴ de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, mediante el cual se hace extensiva dicha igualdad de trato a las prestaciones no contributivas consiguiendo así la equiparación total al nacional⁷³⁵.

Se puede afirmar, en lo relativo a extranjeros en situación administrativa regular, que tras las diversas modificaciones establecidas en las leyes para su adaptación a los mandatos establecidos por Convenios ratificados por España éstos gozan de los mismos derechos que los nacionales y en lo que se refiere al derecho a la Seguridad Social disfrutan de los mismos derechos que los nacionales siempre que estén incluidos en el sistema por realizar o haber realizado trabajo remunerado en nuestro país.

En relación a este colectivo el ordenamiento jurídico español, en materia de Seguridad Social, se ajusta en su totalidad al cumplimiento del principio de Igualdad y, por lo tanto, supone una equiparación en lo que al principio de Universalidad se refiere en relación con los nacionales; esto quiere decir que se ha conseguido extender el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social haciéndolo más igualitario para los sujetos incluidos en este colectivo y, por tanto, acercándolo más a la consecución de la Universalidad del sistema, eso

⁷³⁴ *“Extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”.*

⁷³⁵ Sánchez-Urán Azaña, Y. (2006). Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad/ciudadanía. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (63), 249-296.

sí, sin dejar de ser Universalidad relativa, como veremos posteriormente.

En el tema que me ocupa, es decir, en materia de derechos sociales, hay que resaltar que, con la vigencia de las actuales leyes de extranjería⁷³⁶ y las leyes que regulan los derechos sociales, aquellos extranjeros que se encuentren en situación regular en España tienen los mismos derechos que los españoles en materias tales como educación, asistencia sanitaria, prestaciones y servicios de la Seguridad Social, (...), todos ellos derechos básicos.

A través de la legislación, los Tratados Internacionales y la interpretación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, se ha llevado a cabo un gran trabajo de consecución de un mayor reconocimiento de los derechos Laborales y de Seguridad Social establecidos en nuestro ordenamiento jurídico; así pues, la aprobación de la LO 4/2000, de 11 de enero⁷³⁷ instituyó un estatuto jurídico para los extranjeros teniendo en cuenta los derechos imprescindibles para garantizar la dignidad humana y el resto de derechos que se veían condicionados a la situación regular o irregular del extranjero⁷³⁸ en España⁷³⁹.

⁷³⁶Ley 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.

⁷³⁷Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁷³⁸SSTC 263/2007, de 20 de diciembre, 264/2007, de 20 de diciembre, 236/2007, de 7 de noviembre

⁷³⁹Rodríguez-Piñero Royo, M. (2001). Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (1), 91-106.

Si bien es cierto que la equiparación entre nacionales y extranjeros en situación administrativa regular en España tiene un grado de adaptación importante siguen apareciendo problemas de aplicación de dicho principio que limitan el acceso a determinadas prestaciones y que, a su vez, plantean cuestiones tales como la Igualdad real del sistema de Seguridad Social y que se puede apreciar en el caso de la prestación por hijo o menor a cargo que, como se verá, está legislada de tal modo que establece una serie de diferencias que, en su gran mayoría, afectan a los extranjeros más que a los nacionales.

2.2.4 Los extranjeros en situación administrativa irregular en España y el derecho a la Seguridad Social.

Ya ha quedado clara en la introducción la fundamentación jurídica del principio de Igualdad y su razón de ser así como su relación directa con la consecución de la Universalidad en el sistema de Seguridad Social.

A lo largo de la historia tenemos ejemplos importantes de los movimientos migratorios colectivos que se producen a causa de pobreza, falta de trabajo, barbaries, guerras, masacres⁷⁴⁰,...; Alonso Olea se refería a esto como el *“formidable hecho biológico...que la*

⁷⁴⁰Montoya Melgar, A. (2007). *El empleo ilegal de inmigrantes* (1ª edición). Página 11. Cizur Menor Navarra: Thomson-Civitas.

*historia humana en gran parte es, o en gran parte se confunde, con la historia de las emigraciones*⁷⁴¹”.

Uno de los casos importantes en referencia a la transgresión del principio de Igualdad en el derecho a la Seguridad Social es, sin lugar a dudas, la vulneración que se produce en el caso de los extranjeros en situación irregular en España; sabido es por todos lo que ocurre con la cantidad de inmigrantes que atraviesan fronteras en busca de amparo de otros países en los que asentarse tras huir de guerras o masacres⁷⁴².

El artículo 41 de la Constitución Española es el precepto constitucional que regula el derecho a la Seguridad Social en España. Dicho precepto establece que *“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”*; recordemos que el derecho a la Seguridad Social no se trata de un Derecho Fundamental y que, por tanto, no es objeto de protección reforzada por no hallarse dentro del ámbito prescrito por el artículo 53.2⁷⁴³, sino que se trata de

⁷⁴¹Alonso Olea, M. (2001). *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000* (1ª edición) Madrid: Civitas, 2001.

⁷⁴² En estos momentos estamos viviendo un claro ejemplo con las barbaries y abandono sufrido por los inmigrantes de Siria, por ejemplo, que abandonan un país en guerra atravesando mares y sufriendo penurias con sus familias buscando un lugar mejor.

⁷⁴³ No obstante, por su consideración de principio rector, el artículo 53.3 establece que *“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”*.

un Derecho Social de protección de las personas mediante las prestaciones correspondientes del sistema que, además, está dotado de desarrollo legal⁷⁴⁴. En lo que al principio de Universalidad se refiere queda demostrado que nuestro sistema, en relación a los extranjeros en situación administrativa irregular en España, dejó de lado los criterios de aplicación para *todas las personas y a todas las prestaciones* no respetando en todo momento el principio de Igualdad independientemente de la nacionalidad del sujeto reconociendo, únicamente, el acceso al derecho a la Seguridad Social a los ciudadanos, es decir, nacionales o extranjeros que posean la nacionalidad o el permiso de residencia en vigor no guardando consonancia con lo que ya se vio que establecían el Derecho Internacional y el Europeo⁷⁴⁵ en relación a los Derechos Humanos y, en primera instancia, con el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷⁴⁶.

Nuestro ordenamiento jurídico no obliga a aplicar la Igualdad de trato absoluto a los extranjeros con relación a los españoles como norma general, es decir, aquí ya se deja entrever que el principio de Igualdad proclamado tanto por los mandatos internacionales como los europeos no opera de manera absoluta en nuestro país y que, por tanto, no estamos favoreciendo con nuestra legislación la consecución de una

⁷⁴⁴ Barcelón Cobedo, S. (2008). El derecho a la seguridad social como derecho social: El reconocimiento constitucional como compromiso político y realidad jurídica. *Civitas. Revista Española De Derecho Del Trabajo*, (139), 523-558.

⁷⁴⁵ Borrajo Dacruz, E. (2012). La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales. *Actualidad Laboral*, (13), 5.

⁷⁴⁶ Álvarez Cortés, J. C. (2001). *La seguridad social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario* (1ª edición) Tecnos.

Universalidad total sino parcial (como se ha podido observar en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo).

La STC 107/1984, de 23 de noviembre, establece varios ejemplos muy clarificadores de los que se consideran derechos imprescindibles a tenor del artículo 10.1 de la Constitución Española tales como: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad y a la libertad ideológica incluyendo también la libertad en su amplio sentido en la STC 115/1987, de 7 de julio; esta lista es, evidentemente, enunciativa y abierta y se hace necesario, dado el tema que me ocupa, mencionar aquí un párrafo de la Comunicación de la Comisión Europea de 3 de junio de 2003: “...*los inmigrantes ilegales...deberían gozar de algunos derechos básicos, como los cuidados médicos de urgencia y la educación primaria*⁷⁴⁷”.

El Tribunal Supremo, en Sentencias de 28 de marzo de 1991 y de 2 de diciembre de 1998 estableció que, si un trabajador en situación administrativa irregular en España prestaba sus servicios para un empleador, se generaba directamente la obligación de cotizar y las cotizaciones debían entenderse como válidas e ingresadas en la Tesorería General de la Seguridad Social independientemente de que se pudiese o no acceder a la afiliación/alta del trabajador dentro del sistema.

⁷⁴⁷ Montoya Melgar, A. (2007). *El empleo ilegal de inmigrantes* (1a edición). Página 42. Cizur Menor Navarra: Thomson-Civitas

Los extranjeros deben haber pasado *“una serie de filtros en los que residen sobre todo los poderes soberanos de cada Estado”⁷⁴⁸*; es cierto que la Igualdad ante la Ley viene únicamente establecida en el artículo 14 de la Constitución Española⁷⁴⁹, pero hay que señalar que el propio artículo 13 de la Constitución Española especifica que *“los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título”⁷⁵⁰ en los términos en los que establezcan los Tratados y la Ley”⁷⁵¹*; ya que habla de los términos que establezcan los Tratados y la Ley se hace necesario ver qué dice al respecto la Ley de Extranjería 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que establece en su artículo 3 que *“...los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución Española en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”*, desprendiéndose de ello que los *“...extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en Igualdad de condiciones con los españoles”⁷⁵²*; visto esto he de matizar que *“...la ley o el tratado pueden introducir la nacionalidad como elemento que matice la aplicación del principio de Igualdad o, si se*

⁷⁴⁸Rodríguez-Piñero Royo, M. (2000). Legislación de extranjería y política de inmigración. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (2), 69-82.

⁷⁴⁹*“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

⁷⁵⁰Título II de la Constitución Española.

⁷⁵¹SSTC 94/1993, de 22 de marzo, 116/1993, de 29 de marzo, 242/1994, de 20 de julio, 169/2001, de 16 de junio y 72/2005, de 4 de abril.

⁷⁵²Montoya Melgar, A. (2009). El empleo ilegal de inmigrantes. *Revista De Derecho De La Unión Europea*, (17), 17-32.

*quiere decir, con toda crudeza, que privilegien al nacional o discriminen al extranjero respecto del nacional*⁷⁵³”.

Durante un tiempo el sistema de Seguridad Social solo admitía dentro de su ámbito de aplicación, a los extranjeros que se encontraban en situación administrativa regular en nuestro país, ahora bien, desde el Derecho Internacional se podían encontrar ciertas soluciones al problema en lo referente a las prestaciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Así pues, el artículo 1 del Convenio número 19 de la OIT establecía que *“Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes de trabajo ocurrido en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo...esta Igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia”*, lo que ya deja clara la postura de las normas internacionales al respecto; además el Convenio número 19⁷⁵⁴ se encuentra completado, en este sentido, por los Convenios número 97⁷⁵⁵

⁷⁵³ Alonso Olea, M. en su estudio Sobre la aplicación del principio de Igualdad al extranjero, en especial para autorizarle a residir y a trabajar en España, (comentario a la STC 107/1984, de 23 de noviembre), en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social, tomo II, 1984*, Madrid, 1985, página 207.

⁷⁵⁴ C019 - Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19). *Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo (Entrada en vigor: 08 septiembre 1926). Adopción: Ginebra, 7ª reunión CIT (05 junio 1925) - Estatus: Instrumento en situación provisoria (Convenios Técnicos).*

⁷⁵⁵ C097 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97). *Convenio relativo a los trabajadores migrantes (revisado en 1949) (Entrada en vigor: 22 enero 1952).*

y número 143⁷⁵⁶ y las Recomendaciones 25⁷⁵⁷ y 151⁷⁵⁸ del mismo organismo. Es cierto que la redacción de la Ley Orgánica de Extranjería del año 2000 sí reconocía para los extranjeros en situación administrativa irregular en España equiparación con los nacionales y así lo dejaba establecido en sus artículos 10, 14.1 y 14.2, reservando para los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular en España los servicios y prestaciones sociales básicas en su artículo 14.3 y tipificó como infracción administrativa grave en su artículo 57.1 el trabajar sin la pertinente autorización administrativa.

El derecho al trabajo del extranjero viene regulado por ciertos requisitos especiales que lo diferencian del nacional, dato importante a tener en cuenta, sobre todo, para poder entender tres de las circunstancias que estudiaré en epígrafes posteriores: el accidente de trabajo, las enfermedades profesionales y la prestación por desempleo. Hay que recordar que dichos requisitos vienen establecidos, tal y como mencioné en párrafos anteriores, en el artículo 10.1⁷⁵⁹ de la Ley

Adopción: Ginebra, 32ª reunión CIT (01 julio 1949) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos).

⁷⁵⁶ C143 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143). *Convenio sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (Entrada en vigor: 09 diciembre 1978). Adopción: Ginebra, 60ª reunión CIT (24 junio 1975) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos).*

⁷⁵⁷ R025 - Recomendación sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 25). *Recomendación sobre la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo. Adopción: Ginebra, 7ª reunión CIT (05 junio 1925) - Estatus: Instrumento en situación provisoria.*

⁷⁵⁸ R151 - Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975 (núm. 151). *Recomendación sobre los trabajadores migrantes. Adopción: Ginebra, 60ª reunión CIT (24 junio 1975) - Estatus: Instrumento actualizado.*

⁷⁵⁹ "1. 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. 2. Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los

Orgánica 4/2000 de Extranjería (entre los más importantes se destacan la autorización administrativa para residir y trabajar en España), en relación con el artículo 7⁷⁶⁰ del Estatuto de los Trabajadores⁷⁶¹ que condiciona, para poder contratar a un trabajador extranjero, a lo que disponga la legislación específica en la materia; en base a todo lo anterior hay que destacar que el extranjero en situación administrativa irregular en España no tiene derecho al trabajo (entendido tal como el derecho al empleo), si bien es cierto que tendría derecho a otras concesiones a tenor del artículo 36.5⁷⁶² de la Ley de Extranjería, indudablemente, con las dificultades que podrían plantearse en la práctica⁷⁶³.

Los Tratados y las leyes deberán respetar los derechos establecidos para toda persona independientemente de su nacionalidad y así lo han

términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público."

⁷⁶⁰ "Podrán contratar la prestación de su trabajo: a) Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil. b) Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo. Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda esta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación. c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia."

⁷⁶¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁷⁶² "5. 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."

⁷⁶³ Montoya Melgar, A. (2009). El empleo ilegal de inmigrantes. *Revista De Derecho De La Unión Europea*, (17), 17-32.

entendido reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional⁷⁶⁴ reconociendo como derechos inherentes los recogidos en el artículo 10.1⁷⁶⁵ de la Constitución Española correspondiendo a todo ser humano sin que se deba hacer acepción de nacionalidad, de situación administrativa regular o irregular ni de ninguna otra circunstancia⁷⁶⁶; dicho esto y, tras analizar lo establecido, hay que señalar que, en primer lugar, los derechos sociales no aparecen dentro de las categorías enunciadas y, en segundo lugar, que la equiparación de nacionales y extranjeros⁷⁶⁷ (tanto en situación regular como en situación irregular), se hace complicada; no es una situación realista y, además, no puede ampararse en la fórmula del artículo 3.2⁷⁶⁸ de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que establece “*como criterio interpretativo general*” la Igualdad en el ejercicio de los derechos⁷⁶⁹.

Como ya dije, la antigua redacción del artículo 33 de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000, de 11 de enero, permitía reconocer la plena aplicabilidad de los derechos laborales a los extranjeros en situación

⁷⁶⁴ SSTC 107/194, de 23 de noviembre, 95/2000, de 10 de abril y 72/2005, de 4 de abril.

⁷⁶⁵ “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*”

⁷⁶⁶ Montoya Melgar, A. (2007). *El empleo ilegal de inmigrantes* (1ª edición). Página 34. Cizur Menor Navarra: Thomson-Civitas.

⁷⁶⁷ Rubio Velasco, F. (2015). La prestación por desempleo de los extranjeros irregulares. *La protección por desempleo en España: XII congreso nacional de la asociación española de salud y seguridad social* (1ª edición, pp. 263-270) Murcia: Laborum, 2015.

⁷⁶⁸ “*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, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.*”

⁷⁶⁹ Montoya Melgar, A. (2007). *El empleo ilegal de inmigrantes* (1ª edición). Página 35. Cizur Menor Navarra: Thomson-Civitas.

administrativa irregular en España por lo que hacía posible que el trabajador exigiese al empresario todos los derechos de la existencia del contrato de trabajo, incluida la obligación de cotizar por él al sistema de Seguridad Social⁷⁷⁰.

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, concede algunos derechos sociales a los extranjeros residentes en situación irregular: el derecho a la educación obligatoria y posobligatoria siempre que sean menores de edad; a los servicios y prestaciones sociales básicas de Seguridad Social y a la asistencia jurídica gratuita; también tienen derecho a la asistencia sanitaria los extranjeros que deban ser atendidos de urgencia por accidente o enfermedad grave, los menores y las mujeres embarazadas; el Convenio número 19⁷⁷¹ de la OIT en su artículo 1.2⁷⁷², por ejemplo, reconoce a los extranjeros la misma protección que reciben los nacionales frente a los accidentes de trabajo “*sin ninguna condición de residencia*”.

⁷⁷⁰ Camós Victoria, I. (2004). Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (1), 543-572.

⁷⁷¹ C019 - Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19). Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo (Entrada en vigor: 08 septiembre 1926). Adopción: Ginebra, 7ª reunión CIT (05 junio 1925). Estatus: Instrumento en situación provisoria (Convenios Técnicos).

⁷⁷² “*Esta igualdad de trato será otorgada a los trabajadores extranjeros y a sus derechohabientes sin ninguna condición de residencia. Sin embargo, en lo que se refiere a los pagos que un Miembro, o sus nacionales, tengan que hacer fuera de su propio territorio en virtud de este principio, las disposiciones que hayan de tomarse se regirán, si fuere necesario, por acuerdos especiales celebrados con los Miembros interesados*”.

La condición de extranjero en situación regular o extranjero en situación irregular va a condicionar, en todo caso, la permanencia en España del sujeto y, por tanto, a priori, el reconocimiento y subsiguiente ejercicio de los Derechos Fundamentales que le correspondan. A partir de la Ley Orgánica 8/2000⁷⁷³, de 22 de diciembre y la Ley Orgánica 14/2003⁷⁷⁴, de 20 de noviembre se ha llegado a un punto en el que podemos hablar de la (casi) inexistencia de derechos y, por tanto, al no ejercicio de los mismos para aquellos que se encuentren en situación irregular en nuestro país⁷⁷⁵.

El tratamiento igualitario de los extranjeros en situación irregular, en cuanto a derechos sociales se refiere, se puede entender como una utopía ya que *muchos de esos derechos son de carácter prestacional y, por tanto, su ejercicio implica la instrumentación por los poderes públicos de costosos recursos...que no ilimitados*⁷⁷⁶; se puede resumir, entonces, que el trato igual de los extranjeros en situación irregular en España, en ocasiones, se hace imposible ya que, como se enunció en capítulos anteriores del presente trabajo, todo va a depender de las

⁷⁷³Ley Orgánica 8/2000, de 22 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.

⁷⁷⁴Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

⁷⁷⁵Torres Andrés, J. M. (2004). La situación de los extranjeros en relación con el orden social. *Manuales De Formación Continuada*, (30), 11-178.

⁷⁷⁶Montoya Melgar, A. (2007). *El empleo ilegal de inmigrantes* (1a edición). Cizur Menor Navarra: Thomson-Civitas, 37.

capacidades económicas del Estado⁷⁷⁷. Esta idea ya nos permite trazar la imposibilidad material de pasar de la Universalidad relativa a la Universalidad real y efectiva, convirtiéndolo en una utopía justificada. Habrá que estar a cada derecho en concreto y la necesidad vital de establecimiento del mismo ya que, por ejemplo, la asistencia sanitaria debería estar incluida en esos derechos básicos aplicables a los extranjeros en situación irregular en España (y así se hace en numerosas ocasiones).

El artículo 7.1⁷⁷⁸ del TRLGSS establece, dentro de su ámbito de aplicación y en referencia a las prestaciones contributivas, a *...los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España...lo que supone que, lógicamente, van a ser equiparados a los nacionales, ahora bien, nada dice al respecto de los que no cumplan el requisito de encontrarse *legalmente* en nuestro país (otra cosa distinta es lo que establece en su párrafo segundo⁷⁷⁹ en referencia a las prestaciones no contributivas para las que solo hace mención a los españoles residentes en territorio español. Después de la lectura completa del*

⁷⁷⁷ Sánchez Ramos, P. (2008). Desempleo para extranjeros irregulares. *Observatorio De Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, (26), 60.

⁷⁷⁸ "1. 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, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:..."

⁷⁷⁹ "2. Asimismo, 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."

artículo 7 del TRLGSS parece lógico y justificado que el trabajador extranjero en situación administrativa irregular y sin residencia legal en España quede fuera de aplicación del sistema de Seguridad Social español en lo que se refiere a las prestaciones contributivas. La residencia legal es la que parece que va a conformar el régimen jurídico del extranjero en cuanto el derecho a la Seguridad Social, puesto que vuelve a ser una exigencia indispensable para las prestaciones en su modalidad no contributiva como ocurre, por ejemplo, en las pensiones de invalidez, jubilación o asignación económica por hijo o menor acogido a cargo. Como conclusión al respecto se puede afirmar que el TRLGSS, en relación al acceso a las prestaciones, condiciona su concesión a la residencia legal en España⁷⁸⁰ y a la cotización previa, en su caso.

Se podría hacer un resumen rápido diciendo que el derecho de Igualdad en el acceso al sistema de Seguridad Social es, únicamente, para los extranjeros residentes, no llegando la aplicación de este principio a aquellos que estén en situación administrativa irregular en España.

Es cierto que tras la Sentencia de la Sala 4ª de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de Marzo de 2008, se declara requisito esencial la residencia legal en España para la concesión de la prestación por desempleo pero se mantiene que no será requisito indispensable, por ejemplo, para el acceso a las prestaciones por accidentes de trabajo y

⁷⁸⁰ Borrajo Dacruz, E. (2009). Accidentes de trabajo y extranjería. *Actualidad Laboral*, (1), 1.

enfermedad profesional del trabajador extranjero en situación administrativa irregular en España, reconociendo el acceso a ciertos derechos dentro de nuestro sistema de Seguridad Social⁷⁸¹ aunque es de destacar que ya existían resoluciones anteriores en este sentido⁷⁸² (tema que trataré en epígrafes posteriores).

En cuanto a la situación de los extranjeros en situación administrativa irregular en España y el acceso al sistema de Seguridad Social, la situación que se ha planteado en España, con el paso de los años, ha sido la de sucesivas reformas legislativas y cambios en las líneas jurisprudenciales en periodos cortos de tiempo; así, existe una primera etapa que se da a lo largo de la vigencia de la Ley Orgánica 7/1985⁷⁸³ en la que se reconocía la nulidad del contrato de trabajo que suscribían los empleadores con extranjeros en situación administrativa irregular. Con la aprobación de la Ley 4/2000, de Extranjería, y sus posteriores modificaciones a través de la Ley Orgánica 8/2000⁷⁸⁴ y la Ley Orgánica 14/2003⁷⁸⁵ se establecía que la carencia de la pertinente autorización

⁷⁸¹ Triguero Martínez, L. A. (2007). La seguridad social y la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares. A propósito de la STSJ del país vasco de 13 de febrero de 2007 (AS 2007, 900). *Aranzadi Social*, (5), 1837-1855.

⁷⁸² Triguero Martínez, L. A. (2009). La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: Las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y anteproyecto de ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1(21), 73-104.

⁷⁸³ Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (Vigente hasta el 01 de Febrero de 2000).

⁷⁸⁴ Ley Orgánica 8/2000, de 22 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.

⁷⁸⁵ Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

administrativa para trabajar no invalidaría el contrato de trabajo y, por tanto, permitirá el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social.

En un análisis conjunto de lo establecido en el artículo 13.1 de nuestra Constitución, el Convenio número 97 de la OIT y la propia Ley 4/2000, de Extranjería, en su artículo 3.1, en el que reconoce que *“Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en la Ley Orgánica de Extranjería y en las leyes que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”*; del mismo modo establece que los trabajadores extranjeros, aunque no fuesen residentes, tendrán derecho a los servicios y prestaciones de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los nacionales (y establece que será tanto a las generales como a las básicas).

La Ley 14/2003, de 20 de noviembre, realiza una nueva reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social para intentar, de nuevo, dar solución al problema estableciendo en su artículo 36.3 que el contrato de trabajo con un extranjero en situación administrativa irregular en España será válido a todos los efectos y que *“...no será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”*. La última modificación de la Ley 4/2000 se produce en el año 2009 a través de la Ley 2/2009 quedando la regulación establecida en la nueva redacción de su artículo 36.5 de la Ley de

Extranjería tal y como lo conocemos hoy en día. Con la entrada en vigor de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se dio solución al problema de aplicabilidad de estos conceptos a los extranjeros en situación administrativa irregular y de tal modo, el Tribunal Supremo, en varias Sentencias⁷⁸⁶ resolutorias de Recurso de Casación para la unificación de doctrina así lo ha reconocido y lo establece para cuando existan supuestos de hecho idénticos.

En principio, el extranjero en situación administrativa irregular en España no tiene derecho a las prestaciones derivadas de la Seguridad Social. Esta afirmación puede llegar a ser así de rotunda tras la interpretación de varios preceptos legales contenidos tanto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, como en el TRLGSS, ya que el extranjero en situación administrativa irregular no puede devengar prestaciones de la Seguridad Social; se pueden destacar los siguientes preceptos⁷⁸⁷:

1. Artículo 10.1 de la Ley de Extranjería: Exige que los extranjeros estén en posesión de la residencia y que cumplan con los requisitos establecidos en el resto de legislación vigente.

⁷⁸⁶ STS de 9 de junio de 2003 (Número de Recurso 4217/2002) y de 7 de octubre de 2003 (Número de Recurso 2153/2002).

⁷⁸⁷ Montoya Melgar, A. (2009). El empleo ilegal de inmigrantes. *Revista De Derecho De La Unión Europea*, (17), 17-32.

2. Artículo 14.1 de la Ley de Extranjería: Exige, como requisito indispensable para poder acceder a las prestaciones de la Seguridad Social, que el extranjero se encuentre en situación administrativa regular en España.

3. Artículo 7.1 del TRLGSS: Limita el acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social a los extranjeros que se encuentren en situación administrativa regular en España y que, además, ejerzan una actividad que esté comprendida dentro del campo de aplicación de nuestro sistema de Seguridad Social, que se encuentre afiliado y en situación de alta y que, además, haya cotizado los periodos exigidos para cada prestación.

Lógicamente ningún extranjero en situación administrativa irregular en España puede cumplir todas y cada una de las exigencias legales anteriores por lo que, en principio, no podría tener acceso al sistema de protección de contingencias de la Seguridad Social⁷⁸⁸, si bien es cierto, que parte de la jurisprudencia ha mantenido, en reiteradas ocasiones, que el que emplee a extranjeros en situación administrativa irregular en España está obligado a cumplir con las obligaciones de cotización devengadas por los mismos independientemente de que, legalmente,

⁷⁸⁸ En este sentido podemos encontrar, por ejemplo, la STS de 14 de noviembre de 1997.

no proceda su afiliación y alta al sistema de Seguridad Social⁷⁸⁹ y así lo establece el artículo 144⁷⁹⁰ del TRLGSS y que el empresario que contrata a trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular e incumple con los requisitos de alta y afiliación del mismo (como es de esperar dadas las características y limitaciones del trabajador), está incurriendo en una infracción administrativa⁷⁹¹, no por el hecho de no haber cumplido con los requisitos de afiliación, alta y cotización, sino por estar empleando a un extranjero en situación administrativa irregular⁷⁹² lo que se traducirá en sanciones administrativas; así pues, el Real Decreto 84/1996⁷⁹³, de 26 de enero en su artículo 42⁷⁹⁴ trata la

⁷⁸⁹ En este sentido podemos encontrar las SSTs de 28 de mayo de 1991 (Roj STS 2736/1991) y de 2 de diciembre de 1998 (Roj 7214/1998).

⁷⁹⁰ "1. La obligación de cotizar nacerá con el inicio de la prestación del trabajo, incluido el período de prueba. La mera solicitud de la afiliación o alta del trabajador al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social surtirá en todo caso idéntico efecto. 2. La obligación de cotizar se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté en alta en el Régimen General o preste sus servicios, aunque estos revistan carácter discontinuo. Dicha obligación subsistirá asimismo respecto a los trabajadores que se encuentren cumpliendo deberes de carácter público o desempeñando cargos de representación sindical, siempre que ello no dé lugar a la excedencia en el trabajo. 3. Dicha obligación solo se extinguirá con la solicitud en regla de la baja en el Régimen General al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social. Sin embargo, dicha comunicación no extinguirá la obligación de cotizar si continuase la prestación de trabajo. 4. La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de maternidad, en la de paternidad, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 166 en que así se establezca reglamentariamente. 5. La obligación de cotizar se suspenderá durante las situaciones de huelga y cierre patronal. 6. La obligación de cotizar por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales existirá aunque la empresa, con infracción de lo dispuesto en esta ley, no tuviera establecida la protección de su personal, o de parte de él, respecto a dichas contingencias. En tal caso, las primas debidas se devengarán a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social."

⁷⁹¹ Y en un delito contra los derechos de los trabajadores del Título XIV del Libro II del Código Penal, ex. artículos 311 y 311 bis.

⁷⁹² Montoya Melgar, A. (2009). El empleo ilegal de inmigrantes. *Revista De Derecho De La Unión Europea*, (17), 17-32.

⁷⁹³ 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.

⁷⁹⁴ "1. A efectos de la afiliación y el alta para su inclusión en el sistema y en el correspondiente régimen de Seguridad Social en los términos previstos en la ley, se equiparan a los españoles los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España

afiliación y alta de los extranjeros y exige la autorización para trabajar, entre otros requisitos, cosa que, obviamente, el trabajadores extranjero en situación administrativa irregular no puede cumplir y, además, deja claro que aquellos extranjeros que no cuenten con la pertinente autorización para trabajar en España no podrán ser incluidos en el sistema de Seguridad Social por carecer de la autorización referida⁷⁹⁵; en definitiva, la postura mantenida ha sido que la pertinente autorización para desarrollar trabajos en España es necesaria para poder desempeñarlos y que, por tanto, la afiliación y alta, sin el requisito previo de la autorización, son *actos contrarios al ordenamiento jurídico y, por tanto, nulos*⁷⁹⁶.

y hayan obtenido una autorización administrativa previa para trabajar, en los casos en que sea legal o reglamentariamente exigible. Para tal inclusión, las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, deberán acompañarse de la documentación acreditativa de su nacionalidad y, a excepción de aquellos a los que resulte de aplicación la normativa comunitaria, de la correspondiente autorización para trabajar o del documento que acredite la excepción de la obligación de obtenerla, además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles. 2. Con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida. Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley.”

⁷⁹⁵ Artículo 42 redactado por el apartado diez del artículo primero del R.D. 1041/2005, de 5 de septiembre, por el que se modifican los Reglamentos generales sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social; sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social; de recaudación de la Seguridad Social, y sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como el R.D. sobre el patrimonio de la Seguridad Social (B.O.E. 16 septiembre). Vigencia: 1 octubre 2005.

⁷⁹⁶ Montoya Melgar, A. (2009). El empleo ilegal de inmigrantes. *Revista De Derecho De La Unión Europea*, (17), 17-32.

Es cierto que el empresario debe cumplir con el pago de las cotizaciones del tiempo en que el extranjero en situación administrativa irregular ha estado prestando servicios⁷⁹⁷ para él, si bien las cantidades adeudadas no se entienden como cotizaciones del trabajador en sí sino como sanciones administrativas a tenor de lo establecido en el artículo⁷⁹⁸ 48⁷⁹⁹ de la Ley 62/2003⁸⁰⁰, de 30 de diciembre; el artículo 36.5⁸⁰¹ de la Ley 4/2000, de 11 de enero, amplía, sin embargo, esa inclusión en el sistema a las situaciones que se establezcan en los convenios internacionales de protección de los trabajadores (u otras), siempre que sean compatibles con su situación por lo que, obviamente, está creando cierta incertidumbre jurídica para determinar a qué casos es aplicable la inclusión en el sistema y a cuáles no, pero es cierto que

⁷⁹⁷ Sánchez Ramos, P. (2008). Desempleo para extranjeros irregulares. *Observatorio De Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, (26), 60.

⁷⁹⁸ Número 3 del artículo 48 redactado por la disposición final sexta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 (B.O.E. 24 diciembre). Vigencia: 1 enero 2010 Efectos / Aplicación: 1 enero 2010.

⁷⁹⁹ "1. 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. 2. 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. Tres. El importe correspondiente al incremento de esta sanción se recaudará conjuntamente con el de esta última conforme al procedimiento reglamentariamente establecido en ejecución de la citada Ley Orgánica 4/2000. Las cantidades recaudadas se transferirán periódicamente a la Tesorería General de la Seguridad Social a instancias del Ministerio de Trabajo e Inmigración."

⁸⁰⁰ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁸⁰¹ "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."

existe una interpretación de dicho artículo y el anteriormente mencionado artículo 42.2 del Real Decreto 84/1996 por la que podemos establecer que se exige, con carácter general, que el extranjero en situación administrativa irregular en España esté en posesión de la preceptiva autorización para trabajar para, así, poder incluirlo en el sistema de Seguridad Social y que las prestaciones a las que hace referencia la Ley 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para aquellos extranjeros en situación administrativa irregular únicamente hacen referencia a los que provengan de países que hayan ratificado⁸⁰² el Convenio número 129⁸⁰³ de la OIT y solo para las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; en definitiva, a tenor del artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en lo que a prestaciones de la Seguridad Social se refiere, el extranjero en situación administrativa irregular no puede exigir a las entidades gestoras de la Seguridad Social responsabilidad por las prestaciones ya que no existe obligación de afiliación, alta y cotización por falta de autorización administrativa para prestar servicios en España pero, por otro lado, tampoco ostenta *título jurídico* válido para que sea el empresario directamente quién le abone las cantidades que

⁸⁰² Albania, Alemania, Argentina, Azerbaiyán, Bélgica, Bolivia, Bosnia Herzegovina, Burkina Faso, República Checa, Colombia, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia, Dinamarca, Egipto, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Yugoslavia, Fiji, Finlandia, Francia, Guatemala, Guyana, Hungría, Islandia, Italia, Kazajstán, Kenia, Letonia, Luxemburgo, Madagascar, Malawi, Malta, Marruecos, República Moldova, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, San Vicente, Serbia, Siria, Suecia, Togo, Ucrania, Uruguay, Zambia y Zimbawe. (A fecha 15 de febrero de 2017).

⁸⁰³ C129 - Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129)

se podrían devengar por una prestación de la Seguridad Social⁸⁰⁴, si bien es cierto que el contrato puede considerarse válido y, por tanto, se podrán exigir indemnizaciones por daños y perjuicios.

No se debe olvidar que en términos de Universalidad del sistema, el derecho a la Seguridad Social debería ser entendido para *todas las personas*, tal y como proclama el principio de Igualdad, ya que se trata de un derecho que, subsidiariamente, pretende garantizar por un lado la dignidad de las personas y, por otro, su integridad física y que está íntimamente ligado al derecho a la vida estando este último ubicado dentro de los Derechos Fundamentales reconocidos constitucionalmente⁸⁰⁵; estos conceptos están íntimamente relacionados con el espíritu de un Estado Social y Democrático de Derecho tal y como es el nuestro.

2.2.5 Evolución normativa en materia de contratos celebrados con extranjeros y su consideración legal en España.

La evolución de la normativa en materia de extranjería se podría resumir en cinco etapas diferenciadas coincidiendo con los cinco cambios legislativos más importantes en la materia, así pues⁸⁰⁶:

⁸⁰⁴ Montoya Melgar, A. (2009). El empleo ilegal de inmigrantes. *Revista De Derecho De La Unión Europea*, (17), 17-32.

⁸⁰⁵ Martínez Abascal, V. A. (2008). Seguridad social e inmigración: La ardua forja de una ciudadanía social plena. *La seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación* (1ª edición., pp. 367-391) Comares.

⁸⁰⁶ Martínez Fons, D. (2006). Los efectos del despido de los trabajadores extranjeros que carecen de autorización administrativa para trabajar en España. sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 17 de noviembre de 2005 (AS 3384). *Iuslabor*, (2)

1. Tras la aprobación de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (vigente hasta el 1 de febrero de 2000). En esta primera etapa tanto la jurisprudencia como la doctrina entendían que si no existía la preceptiva autorización administrativa para trabajar en España, el contrato de trabajo celebrado con el extranjero en situación administrativa irregular en España se consideraba nulo y el extranjero en situación administrativa irregular únicamente generaba derecho a la percepción de los salarios correspondientes al tiempo trabajado⁸⁰⁷, si bien es cierto que se solía permitir la percepción de la prestación por desempleo en caso de que no contara con permiso de trabajo pero sí con el de residencia. La Ley Orgánica 7/1985 establecía en su artículo 15 que *“Los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento correspondiera al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que tendrá una duración máxima de cinco años”*, de modo que, la falta del pertinente permiso suponía la expulsión del extranjero en situación administrativa irregular a tenor del

⁸⁰⁷ A tenor del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores.

artículo 26.1.b)⁸⁰⁸ de la misma y la sanción correspondiente al empresario a tenor del artículo 28⁸⁰⁹; el extranjero dependía de lo establecido en el artículo 7⁸¹⁰ del Estatuto de los Trabajadores en lo referente a la capacidad para contratar y al no cumplir los requisitos establecidos se reconocía la nulidad del contrato y, por tanto, no era posible entender que el mismo generara ningún derecho; no obstante lo anterior, la STS de 21 de diciembre de 1994⁸¹¹ estableció, en este sentido, que si expiraba la autorización administrativa para trabajar pero continuaba vigente la autorización para residir el extranjero podía buscar empleo y generar un nuevo derecho a obtener la autorización administrativa para trabajar y, como conclusión, mientras el extranjero mantuviese autorización para residir legalmente en España tenía derecho a percibir la prestación por desempleo siempre y cuando se hubiese cumplido con los requisitos de afiliación, alta y cotización. En 1997, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de marzo⁸¹² estableció en base a los artículo

⁸⁰⁸ “Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes: b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuenten con permiso de residencia válido”.

⁸⁰⁹ “Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros, sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurrirán en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado. Las infracciones se tipificarán, en todo caso, como muy graves, y se sancionarán conforme establece el artículo 57 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. 2. El incumplimiento de las normas aplicables según la respectiva actividad, conforme a lo previsto en el artículo 17.3, será sancionado por los Ministros u Organismos competentes, de acuerdo con su legislación específica”.

⁸¹⁰ “Podrán contratar la prestación de su trabajo: ... c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia”.

⁸¹¹ Número de Recurso 785/1994.

⁸¹² Número de Recurso 785/1994.

6.3⁸¹³ y 1275⁸¹⁴ del Código Civil y el artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores que los contratos de trabajo celebrados con extranjeros en situación administrativa irregular en España debían considerarse ilícitos y, por tanto, no producían efecto alguno por lo que los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular que celebraban este tipo de contratos no tenían derecho de acceso a la prestación por desempleo⁸¹⁵ o accidente de trabajo y así lo establecía la jurisprudencia, ya que entendía que una de las partes carecía de capacidad para contratar⁸¹⁶. De tal modo, se declaraba el contrato de trabajo nulo de pleno derecho⁸¹⁷.

2. Tras la aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: En esta segunda etapa se produce un giro absoluto en cuanto a la validez de los contratos de trabajo celebrados con los extranjeros en situación administrativa irregular en España motivado, en gran parte, por la utilización de los empresarios de mano de obra de extranjeros en situación administrativa irregular originada por la llegada masiva de

⁸¹³ “3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

⁸¹⁴ “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

⁸¹⁵ Charro Baena, P. (2007). Trabajadores extranjeros “ilegales” y accidente de trabajo y enfermedad profesional: Cobertura en el sistema de seguridad social. *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales* (1ª edición) Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 371-377.

⁸¹⁶ Por ejemplo en ATS de 1 de julio de 1987 (Roj 561/1987).

⁸¹⁷ En este sentido STS de 21 de marzo de 1997. Número de Recurso 2068/1996.

inmigrantes a España durante la década de los '90 provocando que los empresarios se beneficiaran de dicha cuestión legal para emplear mano de obra ilegal (y barata)⁸¹⁸, cosa que ocurrió hasta la reforma de 2003⁸¹⁹; así pues, se convierte en una norma que introduce (ya en su título), la integración social de los extranjeros en España. El carácter de dicha norma es mucho más laxo que el de la anterior (la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio), que, a su vez, pretende garantizar la aplicación del principio de Igualdad⁸²⁰. De este modo se entendía que la falta de la preceptiva autorización administrativa no suponía la invalidez del contrato de trabajo⁸²¹; en el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000 se establecía que no procedía la expulsión de los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular en España si eran beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente

⁸¹⁸ Sánchez Pérez, J. (2011). El accidente de trabajo del inmigrante "sin papeles". *Actas del I congreso internacional sobre migraciones en Andalucía* (1ª edición, pp. 793-803) Universidad de Granada, Instituto de Migraciones.

⁸¹⁹ En este sentido se pronunciaba la STC 107/84, de 23 de noviembre, donde el Tribunal Constitucional no consideraba vulnerado el principio de igualdad de los extranjeros justificando su decisión en que en *materia de acceso al trabajo no resulta exigible desde un óptica constitucional la igualdad de trato entre extranjeros y españoles cuando no existe tratado que así lo imponga*. En este sentido Sánchez Pérez, J. (2011). El accidente de trabajo del inmigrante "sin papeles". *Actas del I congreso internacional sobre migraciones en Andalucía* (1ª edición, pp. 793-803) Universidad de Granada, Instituto de Migraciones y Azón Vilas. Felix V. (2003). Sobre la progresiva tendencia a la protección social de los inmigrantes "irregulares": la STS (Sala 4ª) de 29 de septiembre de 2003. *Revista de Derecho Social*, 24, 151-160).

⁸²⁰ Ramos Quintana, M. I. (2003). El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: Situaciones administrativas y posición jurídica: Ponencia temática II. *Derechos y libertades de los extranjeros en España: XII congreso nacional de derecho del trabajo y de la seguridad social* (1ª edición., pp. 489-571) Santander: Gobierno de Cantabria. Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003

⁸²¹ Sánchez Pérez, J. (2011). El accidente de trabajo del inmigrante "sin papeles". *Actas del I congreso internacional sobre migraciones en Andalucía* (1ª edición, pp. 793-803) Universidad de Granada, Instituto de Migraciones.

a causa de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional surgidas como consecuencia de un trabajo en España.

3. Tras la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 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. En esta tercera etapa, muy solapada a la segunda, por la fecha de la reforma de la anterior ley, se da un nuevo giro en el tratamiento de los extranjeros en situación administrativa irregular en España. Se producen recortes en lo que a los derechos de los extranjeros en nuestro país con respecto a la norma anterior, volviendo a exigir las preceptivas autorizaciones de residencia y trabajo tal y como establece en su artículo 36, pudiéndose desprender del citado artículo que el contrato de trabajo suscrito con un extranjero en situación administrativa irregular no es considerado nulo por lo que tendrá derecho a las prestaciones derivadas de la Seguridad Social. En las SSTs de 7 de junio⁸²² y de 9 de octubre de 2003⁸²³, la Sala 4ª del Tribunal Supremo estableció que los contratos de trabajo, a tenor de la nueva legislación, no eran nulos y que, por tanto, el trabajador extranjero en situación administrativa irregular tenía derecho a la misma protección que cualquier otro trabajador entendiendo, por ejemplo, que los accidentes de trabajo sufridos

⁸²² Número de Recurso 4217/2002.

⁸²³ Número de Recurso 2153/2002.

por los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular en España eran responsabilidad del empresario.

4. Tras la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. En esta cuarta etapa se le otorga una nueva redacción al artículo 36 y pasa a establecerse que la carencia de la pertinente autorización no invalidará el contrato de trabajo en lo que a derechos del trabajador se refiere incluido el derecho a la percepción de las prestaciones que pudiesen corresponderle en materia de Seguridad Social incluidas tanto las derivadas de contingencias profesionales como de contingencias comunes (comprendido el desempleo). En este sentido, si un empresario no solicita la autorización administrativa para trabajar del extranjero en situación irregular en España de conformidad a lo previsto en el artículo 36 de la Ley Orgánica 14/2003 las consecuencias

derivadas de la falta de autorización no deben recaer sobre el trabajador⁸²⁴.

5. Tras 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.

En esta última etapa vuelve a producirse un cambio importante en cuanto a los extranjeros en situación administrativa irregular en España; El artículo 10.1 establece 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 a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”*; así, el artículo 10.1 de la presente Ley incluye el término “residentes” en su redacción de modo que aquellos que no cuenten con la preceptiva autorización administrativa para trabajar no podrán hacerlo. Se establece taxativamente el trato igualitario entre nacionales y extranjeros en situación administrativa regular en España en lo que se refiere a las condiciones laborales y de acceso al sistema de Seguridad Social.

⁸²⁴ Sentencia TSJ Castilla y León, con sede en Valladolid, de 17 de noviembre de 2005.

2.3 Excepciones en la aplicación de los principios de Igualdad y Universalidad a los extranjeros en España.

2.3.1 La prestación por hijo o menor a cargo y los extranjeros en situación administrativa regular en España.

Nuestro ordenamiento jurídico, a través del artículo 39⁸²⁵ de la Constitución Española de 1978, y siguiendo lo establecido para nuestro sistema de Seguridad Social expuesto en numerosas ocasiones a lo largo del presente trabajo, *consagra la obligación de los poderes públicos de garantizar la protección de la familia*⁸²⁶.

Partimos de la base de que el extranjero ya está en situación administrativa regular en España y, una vez obtenida ésta, hemos determinado que gozan de los mismos derechos que un nacional en materia de Seguridad Social; llegados a este punto nos encontramos con un problema común: el disfrute de las prestaciones por beneficiarios que no han optado por la reagrupación familiar y que

⁸²⁵ “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

⁸²⁶ Sánchez-Rodas Navarro, C., y Vicente Palacio, M. A. (2012). Las prestaciones familiares: Presentación. *Revista General De Derecho Del Trabajo y De La Seguridad Social*, (32)

siguen manteniendo su residencia en el país de origen de la persona que genera el derecho a la prestación.

Una vez obtenida la residencia, el extranjero en situación administrativa regular en España, tiene los mismos derechos en materia de Seguridad Social que los nacionales lo que incluye, lógicamente, las prestaciones reconocidas en el sistema y, por lo tanto, todas las prestaciones familiares siempre y cuando cumplan los requisitos que se exijan para cada una de ellas; del mismo modo, sus familiares tendrán derecho de acceso a las prestaciones que se les reconozcan por su condición de beneficiarios.

En el año 1990, tras la aprobación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre de prestaciones no contributivas, se comienza a considerar la cuantía de los ingresos de las familias para conceder la prestación por hijo o menor a cargo, por lo que podemos entender que la misma se convierte en un instrumento de lucha contra la pobreza de la sociedad, es decir, se concibe para suplir situaciones de necesidad de aquellas familias más desfavorecidas económicamente y, en concreto, de los hijos o menores a su cargo; se encuentra dentro de las prestaciones pensadas para proteger a las familias con menores recursos económicos⁸²⁷.

Uno de los problemas que aparecen con mayor asiduidad es que dichas prestaciones dependan de la residencia del familiar en nuestro país ya que, en muchas ocasiones, no se ha producido la reagrupación

⁸²⁷ Obiol i Francés, S. (2006). El sistema de prestaciones por hijo a cargo en España. *Revista Internacional De Sociología*, (43), 95-117.

familiar y, por tanto, los perceptores pierden el derecho por no cumplir con uno de los requisitos exigidos legalmente (lo mismo ocurrirá con las prestaciones de vejez e invalidez donde uno de los requisitos de acceso específicos para extranjeros es establecer un periodo de residencia determinado en nuestro país); y, al tiempo, existen otras prestaciones, como es el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia que, a diferencia de las anteriores, no exigen requisito de residencia.

El derecho a la prestación por hijo a cargo se produce cuando éste es menor de 18 años o, en su defecto, cuando siendo mayor de dicha edad tiene un grado de discapacidad igual o superior al 65% y siempre y cuando se encuentre a cargo del beneficiario de la asignación; el artículo 352⁸²⁸ del TRLGSS⁸²⁹ establece claramente cuáles van a ser las exigencias para poder optar a la citada prestación y, entre ellas, establece que la residencia, tanto del beneficiario como del hijo a cargo, deben estar fijadas en territorio español⁸³⁰.

En la Ley 26/1990⁸³¹, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas se preveía la prestación no contributiva por hijo a cargo si bien es cierto que no establecía que éstos residieran en territorio

⁸²⁸ “1. Tendrán derecho a la asignación económica por hijo o menor a cargo quienes: a) Residan legalmente en territorio español...”

⁸²⁹ 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.

⁸³⁰ Barrios Baudor, G. L. (2001). *Prestaciones familiares por hijos a cargo* (1ª edición) Editorial Aranzadi.

⁸³¹ Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

español⁸³², lo único que implantaba era que debía estar a cargo del solicitante, obviamente, y que cumplieran los requisitos de edad o discapacidad⁸³³ pero es en el RD 356/1991⁸³⁴, de 15 de marzo⁸³⁵, cuando el legislador, al desarrollar la Ley 26/1990⁸³⁶, de 20 de diciembre, introduce por primera vez como requisito para disfrutar de la prestación la convivencia del hijo a cargo con el progenitor en territorio español⁸³⁷ lo que, sin duda alguna, alejaba dicha prestación⁸³⁸ del derecho de Igualdad, ya que no trata a todos los hijos del causante del mismo modo únicamente basándose en el hecho de la convivencia en territorio español⁸³⁹ y así lo establecía en su artículo 2.1⁸⁴⁰.

A colación de la aprobación del RD 356/1991, el Tribunal Supremo estuvo reconociendo el derecho a las prestaciones de este tipo a hijos que residían en el país de origen de los causantes de la prestación, así pues, el Tribunal Supremo establecía que “...los familiares que sean

⁸³² Álvarez del Cuvillo, A. (2008). Residencia de los extranjeros extracomunitarios y prestaciones familiares de seguridad social. *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (96), 97-134.

⁸³³ Pumar Beltrán, N. (2010). Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España. *El futuro europeo de la protección social* (1ª edición, pp. 251-261) Murcia: Laborum, 2010.

⁸³⁴ Vigente hasta el 23 de noviembre de 2005.

⁸³⁵ Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de prestaciones por hijo a cargo, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

⁸³⁶ Ley 26/1990, de 20 de diciembre por la que se establecen en la seguridad social prestaciones no contributivas.

⁸³⁷ Flor Fernández, M. L. (1992). Prestaciones familiares por hijo a cargo en la ley 26/90 de 20 de diciembre. *Los derechos de información en la empresa, las prestaciones no contributivas: X jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales* (1ª edición, pp. 297-304) Trotta: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

⁸³⁸ *Ibid.*, 297-304.

⁸³⁹ Álvarez del Cuvillo, A. (2008). Residencia de los extranjeros extracomunitarios y prestaciones familiares de seguridad social. *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (96), 97-134.

⁸⁴⁰ “Se considerará con carácter general hijo a cargo a aquel que viva con el beneficiario y a sus expensas”.

*sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste...*⁸⁴¹ y, por tanto, supondría el derecho a la percepción de la prestación por hijo a cargo; desde el punto de vista de lo establecido en estas STS la interpretación para la concesión de la prestación por hijo a cargo vendría determinada según lo previsto en el artículo 1g)⁸⁴² del Convenio número 157 de la OIT⁸⁴³, dependiendo únicamente la concesión de la prestación a la exigencia de que el beneficiario de la misma tenga, realmente, a los hijos a su cargo.

El principio de Igualdad en materia de Seguridad Social entre extranjeros y españoles ya se ha nombrado muchas veces a lo largo de este trabajo (recordar que viene regulado en el artículo 7 del TRLGSS); hay que destacar que establece una limitación real al principio de territorialidad, es decir, España, si dejara de lado los mandatos internacionales y europeos no tendría la obligación real de aplicar el principio de Igualdad en el derecho a la Seguridad Social y, por analogía, tampoco tendría la obligación de subsanar hechos que ocurran fuera del territorio español (como es el caso de la residencia de

⁸⁴¹ STS de 11 de abril, Número de Recurso 2770/1999; STS de 3 de mayo de 2000, Número de Recurso 331/1999 y STS de 21 de enero de 2003, Número de Recurso 152/2002.

⁸⁴² "La expresión miembros de la familia designa las personas definidas o reconocidas como tales o como miembros del hogar por la legislación en virtud de la cual se conceden o hacen efectivas las prestaciones, según el caso, o las personas que determinen los Miembros interesados de común acuerdo; no obstante, cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado"

⁸⁴³ C157 - Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982 (núm. 157). Convenio sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social (Entrada en vigor: 11 septiembre 1986). Adopción: Ginebra, 68ª reunión CIT (21 junio 1982)

los hijos dependientes del beneficiario en su país de origen por no haber optado al derecho de agrupación familiar por una u otra razón).

España es responsable en materia de Seguridad Social en aquellos casos en los que el problema se plantee dentro de nuestras fronteras ya que se aleja del control administrativo la capacidad de vigilancia de la veracidad de la situación concreta, si bien es cierto que el TJUE (antes TJCE), en varias ocasiones, ha entendido que son discriminatorios todos aquellos criterios que condicionan el acceso a la prestación a que ciertos hechos ocurran en el territorio del país que adjudica las prestaciones y, así, ha entendido dicho Tribunal que la residencia *no puede ser un requisito que limite el acceso a la prestación, suprima su concesión o reduzca su cuantía*⁸⁴⁴ pero, únicamente, cuando se refiere a Europa.

Cierto es que uno de los requisitos que se exigen en la prestación por hijos a cargo es que estos residan en territorio español por lo que existe, a mi parecer, una clara vulneración del derecho de Igualdad de los no residentes frente a los hijos que sí residan, junto con sus progenitores, en territorio español ya que, indiscutiblemente, que éstos residan o no en España no es condición necesaria para que se

⁸⁴⁴Asunto C-228/88 Giovanni Bronzino contra Kindergeldkasse, (Petición de decisión prejudicial planteada por el Bayerisches Landessozialgericht). Seguridad Social (Derecho a prestaciones familiares cuando el Derecho interno del país de empleo exige que los requisitos necesarios se cumplan en su territorio); Asunto C-321/93 José Imbernon Martínez contra Bundesanstalt für Arbeit (Petición de decisión prejudicial planteada por el Sozialgericht Nürnberg). Seguridad Social (Asignaciones familiares) Residencia en el territorio nacional; Asunto C-266/95 Pascual Merino García contra Bundesanstalt für Arbeit (Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundessozialgericht). Seguridad Social de los trabajadores migrantes Reglamento (CEE) n° 1408/71 (Ámbito de aplicación personal). Concepto de trabajador por cuenta ajena (Prestaciones familiares).

conviertan en dependientes de sus padres, es decir, un niño que resida en territorio no español, seguramente, necesitará, del mismo modo, que su progenitor lo atienda económicamente para cubrir sus necesidades básicas.

Es necesario hacer mención al trabajo jurisprudencial que realizó el Tribunal Supremo al respecto ya que, en diversas ocasiones, llegó a reconocer el derecho a la prestación por hijo a cargo a trabajadores extranjeros cuyos familiares residían habitualmente en su país de origen y lo hacía basándose, precisamente, en la diferencia existente entre convivir con un progenitor y depender de él para subsistir y así lo hizo constar cuando *“los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste”*⁸⁴⁵.

Con posterioridad se aprueba la Ley 52/2003, de 10 de diciembre⁸⁴⁶, en la que la prestación por hijo a cargo pasa a ser, únicamente, una prestación no contributiva y se establece, legalmente, la obligatoriedad de que los hijos residan en territorio español junto con su progenitor⁸⁴⁷. Debemos pensar quiénes son las personas más desfavorecidas con este cambio: lo habitual entre nacionales es que los hijos de estos

⁸⁴⁵ SSTs de 11 de abril de 2000 (Número de Recurso 2770/1999), de 3 de mayo de 2000 (Número de Recurso 2770/1999), y de 21 de enero de 2003, entre otras (Número de Recurso 152/2002).

⁸⁴⁶ Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

⁸⁴⁷ Pumar Beltrán, N. (2010). Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España. *El futuro europeo de la protección social* (1st edición, pp. 251-261) Murcia: Laborum, 2010.

residan en territorio español junto a sus padres⁸⁴⁸, por lo que los sujetos más afectados, lógicamente, son los extranjeros residentes en España que no hayan optado por la reagrupación familiar de modo que, de nuevo, los requisitos legales no están enfocados a la consecución de la Igualdad entre sujetos⁸⁴⁹ y, por tanto, distamos de nuevo de la Universalidad del sistema; lo que la legislación pretende y consigue con este precepto legal es diferenciar a los hijos a cargo de españoles y extranjeros, siempre con algunas salvedades⁸⁵⁰. Es cierto que no se establece un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros, a ambos se les exige la convivencia con el progenitor pero, obviamente, los hijos de nacionales españoles no vivirán en un país diferente al de los padres, como norma general, salvo en los casos establecidos en el artículo 2⁸⁵¹ del RD 356/1991⁸⁵², de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de prestaciones por hijo a cargo, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

⁸⁴⁸ Si no es con ambos sí, por lo menos, con uno de ellos dependiendo de la situación familiar en la que se encuentren

⁸⁴⁹ Hay que recordar que en este punto estamos hablando de extranjeros que residen legalmente en España y que, por tanto, sus derechos deben ser equiparables a los de los nacionales.

⁸⁵⁰ Ya que el artículo 2 del RD 356/1991 sí establecía y contemplaba la separación puntual entre padres e hijos a cargo en algunos casos: “Se entenderá, en todo caso, que la separación transitoria, motivada por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares no rompe la convivencia entre padres e hijos”.

⁸⁵¹ “1. Se considerará con carácter general hijo a cargo a aquel que viva con el beneficiario y a sus expensas. 2. Se entenderá, en todo caso, que la separación transitoria, motivada por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares no rompe la convivencia entre padres e hijos. 3. Se considerará que el hijo no está a cargo del beneficiario cuando trabaje por cuenta propia o ajena o sea perceptor de una pensión contributiva a cargo de un régimen público de protección social distinta de la pensión de orfandad”.

⁸⁵² Vigente hasta el 23 de noviembre de 2005.

Visto esto se debe recordar que el artículo 7 del TRLGSS⁸⁵³ en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 8/2015⁸⁵⁴, de 30 de octubre establece como obligatorio la Igualdad de trato en materia de Seguridad Social entre extranjeros⁸⁵⁵ y nacionales pero también es cierto que establece una limitación atendiendo al principio de territorialidad, porque nuestro sistema no contempla la obligación de asimilar como propios aquellos hechos que ocurran fuera de nuestro territorio, así pues existe Igualdad relativa entre nacionales y extranjeros porque aunque la ley les exige los mismos requisitos de acceso a la prestación, a mi parecer, es una desigualdad encubierta ya que, como ya mencioné anteriormente, el porcentaje más elevado de sujetos que se van a ver afectados por la diferente residencia entre padres e hijos a cargo van a ser, sin lugar a dudas, los extranjeros residentes en España que todavía tienen a sus hijos en sus países de origen. Mientras sigan existiendo en nuestro sistema requisitos de residencia para optar a determinadas prestaciones es imposible que la Igualdad entre sujetos y, por tanto, la Universalidad en el sistema sean reales, es decir, seguimos observando como la Universalidad en nuestro sistema es únicamente relativa. Es cierto que no aparece, directamente y como tal, una diferencia de trato pero, si los observamos desde el punto de vista de la realidad social, seremos

⁸⁵³“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, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional...”.

⁸⁵⁴ 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.

⁸⁵⁵ Siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos.

conscientes de que sí existe dicha diferencia de trato. En tal sentido el TJUE ha entendido “*que son discriminatorios aquellos criterios que condicionan el acceso a la prestación a que ciertos hechos ocurran en el territorio del país del que emanan las prestaciones...y ha entendido que la residencia no puede ser un requisito que limite el acceso a la prestación, la suprima o reduzca su cuantía*⁸⁵⁶...”; a tal efecto, muchos son los pronunciamientos del TJUE al respecto declarando discriminatorio el condicionamiento a la concesión de prestaciones familiares del trabajador a que sus familiares residan en el país que las concede⁸⁵⁷, cierto es que en base a esta jurisprudencia del TJUE el requisito de residencia no puede ser exigido a ningún ciudadano de la Unión Europea⁸⁵⁸ ni a los nacionales extracomunitarios si son familiares de ciudadano español, ni a aquellos que tengan un Convenio de Cooperación con la Unión Europea⁸⁵⁹, pero sí al resto de extranjeros⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶Pumar Beltrán, N. (2010). Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España. *El futuro europeo de la protección social*. Murcia: Laborum, 251-261.

⁸⁵⁷Asunto C-228/88 Giovanni Bronzino contra Kindergeldkasse, (Petición de decisión prejudicial planteada por el Bayerisches Landessozialgericht). Seguridad Social (Derecho a prestaciones familiares cuando el Derecho interno del país de empleo exige que los requisitos necesarios se cumplan en su territorio); Asunto C-321/93 José Imbernon Martínez contra Bundesanstalt für Arbeit (Petición de decisión prejudicial planteada por el Sozialgericht Nürnberg). Seguridad Social (Asignaciones familiares) Residencia en el territorio nacional; Asunto C-266/95 Pascual Merino García contra Bundesanstalt für Arbeit (Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundessozialgericht). Seguridad Social de los trabajadores migrantes Reglamento (CEE) n° 1408/71 (Ámbito de aplicación personal). Concepto de trabajador por cuenta ajena (Prestaciones familiares).

⁸⁵⁸Pumar Beltrán, N. (2010). Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España. *El futuro europeo de la protección social*. Murcia: Laborum, 251-261.

⁸⁵⁹Turquía, Argelia, Túnez y Marruecos. (A fecha febrero de 2017).

⁸⁶⁰ Aunque es cierto que el TJUE ha permitido en Reino Unido que se exija la residencia de los hijos para el cobro de prestaciones por hijo a cargo incluso para miembros de la Unión Europea cuando no llevan a cabo trabajo remunerado alguno. En Urcelay Lecue, M. C. (2016). El TJUE permite al reino unido exigir "derecho de residencia" a los ciudadanos UE, que no ejercen actividad económica, para percibir prestaciones por hijo a cargo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 191-192.

Es justificable que tanto el nacimiento como el mantenimiento del derecho a la prestación por hijo a cargo esté supeditado al requisito de la residencia legal en España tanto del beneficiario de la misma como de los hijos de este si bien hay que resaltar que existen algunas excepciones legales a tal exigencia, así pues, estarán exentos de cumplir con estos requisitos a tenor de lo establecido en los artículos 9.1.2⁸⁶¹ y 10.1.a)⁸⁶² del Real Decreto 1335/2005⁸⁶³, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, siempre y cuando los hijos cesen la convivencia con los padres por cursar estudios, trabajo de los padres, tratamientos médicos, rehabilitación o cuando los padres trabajen fuera del territorio español pero coticen a nuestro sistema de Seguridad Social; ahora bien, que sea justificable como mecanismo de control del Estado no significa que no pugne contra el principio de Igualdad que, a mi entender, se vulnera en los requisitos de acceso a esta prestación y que, por tanto, afecta de manera directa a la Universalidad real de la misma y, con ello, del sistema.

⁸⁶¹ “2. Se entenderá, salvo prueba en contrario, que existe dependencia económica cuando el hijo o el menor acogido conviva con el beneficiario. A estos efectos, no rompe la convivencia la separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo de los padres o acogedores, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares.”

⁸⁶² “a) Residan legalmente en territorio español. Se considerará cumplida esta condición en el supuesto de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, que se encuentren en situación asimilada a la de alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social español.”

⁸⁶³ Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.

2.3.2 La prestación por desempleo y los extranjeros en situación administrativa irregular en España.

2.3.2.1 Cuestiones Generales.

El artículo 41⁸⁶⁴ de la Constitución Española de 1978, ya citado anteriormente, al prever nuestro sistema de Seguridad Social hace especial referencia a la protección por desempleo, de lo que se puede deducir que el constituyente quiso darle notable importancia dentro del sistema. Dicha prestación, tal y como ocurre con el resto, se configura como prestación protectora ante supuestos de estado de necesidad sobrevenidos⁸⁶⁵ y, por tanto, causada por la merma de ingresos del mismo⁸⁶⁶, de lo que se deduce que la pretensión del constituyente era evitar la exclusión social de los sujetos afectados y la protección de los mismos a través de una prestación que pretende proteger un claro estado de necesidad sobrevenido por la pérdida del empleo⁸⁶⁷.

Tal y como he venido defendiendo en este trabajo, la consecución de la Igualdad y la Universalidad real en nuestro sistema de Seguridad Social para todos, independientemente de su condición social y su nacionalidad, era una de las pretensiones más importantes del Estado

⁸⁶⁴ “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

⁸⁶⁵ En este caso sobrevenido por la pérdida del empleo del sujeto.

⁸⁶⁶ Durand, P. (1991). *La política contemporánea de seguridad social* (1ª edición) Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

⁸⁶⁷ Monereo Pérez, J. L. (2003). Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico. *Lan Harremanak: Revista De Relaciones Laborales*, (1), 73-156.

Social y Democrático de Derecho, si bien es cierto que, como se verá más adelante, el legislador y la jurisprudencia no han contribuido a ello. El problema fundamental cuando hablamos de la concesión de la prestación por desempleo para extranjeros en situación administrativa irregular en España es, sin lugar a dudas, el reconocimiento de la misma a un sujeto que no tiene residencia legal en España y que, además, carece de autorización administrativa para trabajar; en este sentido hay que destacar que durante años se han venido ofreciendo diferentes soluciones jurisprudenciales y legislativas al respecto del reconocimiento de la prestación por desempleo a extranjeros en situación administrativa irregular. Esta diferencia, a la hora de entender la aprobación o la denegación de la prestación, venía establecida por la interpretación del artículo 36.3⁸⁶⁸ (actual artículo 36.5⁸⁶⁹), de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en relación con la regulación de la prestación por las normas específicas de Seguridad Social. En tal sentido, uno de los problemas fundamentales en lo que a la prestación de desempleo se refiere es que el acceso a la misma deriva de la situación de alta en el sistema y la cotización al mismo con su periodo de carencia correspondiente cosa que resulta imposible cuando de un

⁸⁶⁸ Para algunos autores la anterior redacción del artículo 36.3 de la Ley Orgánica de Extranjería contemplaba un modo más adecuado de regular nuestro sistema de Seguridad Social; entre ellos Cabeza Pereiro, J. (2008). Protección social de las personas extranjeras en España. *Tratamiento jurídico de la inmigración* (1st edición, pp. 253-300) Bomarzo.

⁸⁶⁹ En su anterior versión el artículo establecía que *“La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajadores extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”*.

trabajador extranjero en situación administrativa irregular se refiere y, además, estas siempre dependen, como ya mencioné, de la autorización administrativa para residir y trabajar. Dadas las anteriores circunstancias, el extranjero en situación administrativa irregular que está prestando sus servicios y que no está en situación de alta en el sistema y, por tanto, no realiza las cotizaciones correspondientes no cumple con los tiempos de carencia establecidos ni con los requisitos indispensables de acceso a la prestación, entre ellos inscribirse como demandante de empleo, por lo que, a priori, no tiene derecho a la percepción de la prestación por desempleo; ahora bien, se puede entender que existe alta presunta del extranjero en situación administrativa irregular, es decir, que si así fuese se podría interpretar que le correspondiera la percepción de la prestación independientemente de la misma⁸⁷⁰ ya que mediante la figura del alta presunta se encontraría la solución al problema ya que ello supone que, en caso de no producirse el alta inicial en el sistema, el TRLGSS establece, a tenor de sus artículos 165.1⁸⁷¹ y 166.4⁸⁷², que se considera la presunción de alta efectiva para determinadas prestaciones entre las

⁸⁷⁰ Alfonso Mellado, C. L. (2008). La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar. *Revista De Derecho Social*, (43), 179-203.

⁸⁷¹ "1. Para causar derecho a las prestaciones del Régimen General, las personas incluidas en su campo de aplicación habrán de cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de ellas, el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario".

⁸⁷² "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 hubiera incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral".

que se encuentra el desempleo⁸⁷³ aplicando, por tanto, el principio de automaticidad de las prestaciones.

En un principio, parte de la doctrina y de la jurisprudencia⁸⁷⁴ interpretaban la norma a tenor literal de lo que establecía en aquel momento la Ley General de Seguridad Social, de modo que se optaba por denegar la prestación por desempleo ya que entendían que no podía existir situación legal de desempleo porque ni existía cotización previa, ni el trabajador en situación administrativa irregular podía acreditar su capacidad y voluntad para trabajar, por lo que se le denegaba la posibilidad de inscribirse como demandante de empleo⁸⁷⁵, si bien es cierto que no se aplicaban estos criterios en el caso de que el trabajador extranjero hubiese tenido permiso de trabajo y residencia y, el mismo, hubiese caducado, en cuyo caso se le reconocía el derecho a la prestación por desempleo hasta que esta hubiese finalizado y ello suponía el impedimento para la expulsión del extranjero, lo que conllevaba que el extranjero que se encontraba en esta excepcional situación administrativa irregular pudiese volver a su estado de regularidad renovando su autorización para trabajar⁸⁷⁶; la Ley Orgánica 4/2000 (mediante sus diferentes reformas), ha legislado la

⁸⁷³ Además de las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad, riesgo durante el embarazo y accidente no laboral.

⁸⁷⁴ STS, Sala 4ª, de 25 de septiembre de 1995. Número de Recurso 3854/1994.

⁸⁷⁵ Ceinos Suárez, Á. (2006). *El trabajo de los extranjeros en España* (1ª edición) La Ley. Grupo Wolters Kluwer.

⁸⁷⁶ Cabeza Pereiro, J. (2008). La protección de seguridad social de las personas extranjeras. *Actualidad Laboral*, (3)

materia basándose en los permisos de residencia y de trabajo de modo que, estos, han sido los aspectos básicos para la solución del fondo.

En la STC 130/1995, de 11 de septiembre, el Alto Tribunal ya estableció que la legislación española debía supeditarse a las normas comunitarias y estar a lo establecido en los Tratados suscritos con terceros países por lo que, si se establecía igualdad de condiciones para los trabajadores en materia de Seguridad Social, había que respetarla, y así ocurrió en el caso de la concesión de la prestación por desempleo a un marinero de origen marroquí, al que se le reconoció la prestación en base a acuerdo suscrito con la Unión Europea⁸⁷⁷; en el mismo sentido la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo en STS de 2 de diciembre de 1998 continúa con la misma línea interpretativa estableciendo que *la obligación de cotizar nace con el inicio de la relación laboral*, entendiéndose que, *dicha obligación existía incluso en relación con los extranjeros que prestaban servicios para un empleador aunque su trabajo se hiciese sin las correspondientes autorizaciones o permisos*⁸⁷⁸.

En la STS, Sala 4ª de lo Social, de 29 de septiembre de 2003⁸⁷⁹ se trataba el caso de una trabajadora argentina con permiso de residencia pero sin permiso de trabajo, contratada por una empresa de hostelería y que fue despedida de forma verbal en el momento en el que la trabajadora comunicó al empleador su embarazo. El Tribunal Supremo

⁸⁷⁷ Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Europea y el reino de Marruecos de 27 de abril de 1976.

⁸⁷⁸ Alfonso Mellado, C. L. (2008). La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar. *Revista De Derecho Social*, (43), 179-203.

⁸⁷⁹ Número de Recurso 3003/2002.

se pronuncia estableciendo que *“el contrato del extranjero no autorizado no es a partir de la Ley 4/2000, de Extranjería, un contrato nulo...”*; bajo estas premisas se aprueba la Ley Orgánica 14/2003⁸⁸⁰, de 20 de noviembre, a través de la cual se amplían los derechos de los extranjeros en situación administrativa irregular en España en materia de Seguridad Social pero, por el contrario, el artículo 266 a)⁸⁸¹ del TRLGSS establece que, para acceder a la prestación por desempleo, los sujetos deberán estar de alta o asimilados al alta dentro del sistema, requisitos que, difícilmente, pueden cumplir los extranjeros en situación administrativa irregular en España.

Desde otro prisma hubo otra parte del sector jurisprudencial y doctrinal que interpretaban que el trabajador en situación administrativa irregular en España sí tenía derecho a la prestación por desempleo y en ese sentido podemos encontrar, por ejemplo, las STSJ Castilla y León en su sede de Valladolid de 17 y 21 de noviembre de 2005 y STSJ País Vasco de 13 de febrero de 2007⁸⁸²; en estos casos, además de reconocerle el derecho a la prestación por desempleo al extranjero en situación administrativa irregular en España se entendía que el

⁸⁸⁰ Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

⁸⁸¹ *“Para tener derecho a las prestaciones por desempleo las personas comprendidas en el artículo 264 deberán reunir los requisitos siguientes: a) Estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta en los casos que legal o reglamentariamente se determinen...”*

⁸⁸² Triguero Martínez, L. A. (2007). La seguridad social y la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares. A propósito de la STSJ del país vasco de 13 de febrero de 2007 (AS 2007, 900). *Aranzadi Social*, (5), 1837-1855.

empleador era el responsable del pago de la prestación⁸⁸³ ya que concebían que el incumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a la prestación por desempleo eran responsabilidad del empresario y que, por tanto, el trabajador, independientemente de que se encontrara en situación administrativa irregular, no podía ser perjudicado.

Antes de la STS de 18 de marzo de 2008⁸⁸⁴, de la Sala 4ª de los Social, e interpretando el anterior artículo 36.3 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (actual artículo 36.5 de la misma), se reconocía que los trabajadores extranjeros, independientemente de su situación administrativa en España, habían celebrado un contrato de trabajo totalmente válido y, por tanto, tenían acceso a la concesión de todos los derechos que del mismo derivaban incluida la prestación por desempleo⁸⁸⁵. A tenor de lo establecido en el artículo 36.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y en el artículo 14 del mismo texto legal se debe destacar que, en primera instancia, se establecía que la falta de la preceptiva autorización administrativa para trabajar no invalidaría el contrato de trabajo suscrito con el extranjero

⁸⁸³ Charro Baena, P. (2005). Trabajo irregular de extranjero y prestación por desempleo: Comentario a la STSJ Castilla y León / Valladolid de 17 (AS 2005, 3384) y 21 de noviembre de 2005 (AS 2005, 3387). *Aranzadi Social*, (5), 762-767.

⁸⁸⁴ Número de Recurso 800/2007.

⁸⁸⁵ Charro Baena, P. (2012). La doctrina unificada del tribunal supremo sobre los derechos laborales y de seguridad social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (347), 119-146.

en situación administrativa irregular y que, por tanto, se le reconocería el derecho de acceso a determinadas prestaciones, ahora bien, la Sala 4ª de los Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de marzo de 2008 limitó dicho acceso a los servicios y prestaciones básicas establecidas en nuestro sistema de Seguridad Social⁸⁸⁶.

Como ya mencioné, en la mayoría de los casos, y en lo que a prestaciones de la Seguridad Social se refiere, la concesión de las mismas viene supeditada a la situación administrativa regular del extranjero en España, por lo que este tendrá derecho de acceso a las prestaciones del sistema de Seguridad Social siempre que se encuentre en situación de suscribir contrato de trabajo, lo que supondrá derecho de acceso, a tenor del artículo 7⁸⁸⁷ del Estatuto de los Trabajadores y al artículo 7.2⁸⁸⁸ TRLGSS, *al alta, afiliación, cotización y en consecuencia a las prestaciones de la Seguridad Social si se encuentra legalmente en el estado Español...así hasta las últimas reformas normativas en materia de extranjería, ésta era la construcción*

⁸⁸⁶ Ortega Giménez, A. (2008). El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del tribunal supremo de 18 de marzo de 2008. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (764), 1-6.

⁸⁸⁷ "Podrán contratar la prestación de su trabajo: a) Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil. b) Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo. Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda esta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación. c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia."

⁸⁸⁸ "2. Asimismo, 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."

*jurídica del ordenamiento laboral por lo que el contrato de trabajo suscrito por un extranjero no autorizado a trabajar en España...se reputaba como un contrato nulo por falta de capacidad del trabajador*⁸⁸⁹; es decir, en un principio se optó por negar el acceso a la prestación por desempleo a los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular en España ya que no cumplían con los requisitos exigidos tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en el TRLGSS.

En lo que se refiere a la protección por desempleo de los extranjeros en España (tanto en situación administrativa regular como en situación administrativa irregular), hay que resaltar que la jurisprudencia se ha basado en la interpretación de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y la exégesis de sus preceptos para encontrar la solución hacia la concesión o la denegación de la misma; dicho esto hay que resaltar que, en la mayoría de las ocasiones, se ha tratado más desde la vertiente administrativa del asunto que desde la perspectiva social, ya que la concesión de la prestación por desempleo podría suponer el reconocimiento de la autorización del pertinente permiso de residencia, justificando la negativa de acceso a la prestación por desempleo en el actual artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ; esto es debido a que el propio artículo 57.5.d) de la Ley

⁸⁸⁹ Alfonso Mellado, C. L. (2008). La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar. *Revista De Derecho Social*, (43), 179-203.

Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que *“La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: ... d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral. Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo”*.

Dicho esto, lo primero que había que establecer para concretar la concesión de la prestación por desempleo era la validez o nulidad del contrato de trabajo realizado con un extranjero en situación administrativa irregular en España.

En el caso de la prestación por desempleo, debemos tener en cuenta que hay que aplicar los principios *de alta de pleno derecho y de automaticidad de las prestaciones*, es decir, debemos entender que cualquier trabajador que haya prestado sus servicios para un empleador, independientemente de su nacionalidad y de su situación administrativa en España, se considerará englobado dentro del sistema de Seguridad Social aunque el empresario no haya cumplido con los requisitos de alta y cotización; asimismo debemos hacer una lectura detallada del artículo 166.4 del TRLGSS que establece que *“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 hubiera incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral”*, respecto a lo que hay que señalar que en lo que a desempleo se refiere no existe regla legal, internacional o europea que obligue al trato igualitario entre nacionales y extranjeros que no se encuentren en situación administrativa regular en España⁸⁹⁰ (como sí ocurre con los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales).

En STS de 18 de marzo de 2008⁸⁹¹, de la Sala 4ª de lo Social, el Tribunal Supremo establecerá la solución al problema dejando de reconocer la validez del contrato del extranjero en situación

⁸⁹⁰ Borrajo Dacruz, E. (2009). Accidentes de trabajo y extranjería. *Actualidad Laboral*, (1), 1.

⁸⁹¹ Número Recurso 800/2007.

administrativa irregular y, por tanto, su exclusión del campo de aplicación de la acción protectora del sistema de Seguridad Social⁸⁹². Lo que el Tribunal Supremo pretendía aclarar en dicha Sentencia era la posibilidad de si el trabajador extranjero en situación administrativa irregular en España tenía derecho a inscribirse como demandante de empleo y, por tanto, ser receptor de la prestación por desempleo⁸⁹³. Finalmente, el Tribunal Supremo justifica su negativa al derecho de acceso a la inscripción como demandante de empleo y a la concesión de la prestación por desempleo ya que, según el Tribunal Supremo, ello supondría una entrada desmedida de extranjeros irregulares en España y, estos no podrían ser expulsados del país mientras estuviesen percibiendo la prestación, lo que les permitiría buscar un nuevo trabajo mientras durase su situación de desempleo. En este sentido, de nuevo, se produciría derecho a la prestación y, por tanto, la nueva imposibilidad de expulsarlo del país, es decir, su situación se convertiría en una espiral sin solución⁸⁹⁴ que, además, abandona el

⁸⁹² Triguero Martínez, L. A. (2009). La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: Las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y anteproyecto de ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1(21), 73-104.

⁸⁹³ Y así lo explicaba en el Fundamento de Derecho Primero de la misma: *“La cuestión que se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina que examinamos, consiste en determinar si tiene o no derecho a inscribirse como demandante de empleo y percibir las prestaciones de desempleo de Seguridad Social que correspondan por el tiempo trabajado, un extranjero que sin contar con la autorización para residir que prevé el art. 30 bis de la LO 4/2000 (en adelante, extranjero no residente o en situación irregular) y tampoco con la autorización previa para trabajar, ha prestado servicios para una empresa (en el caso, desde el 4 de enero de 2.003 hasta el 7 de septiembre de 2.004) sin ser dado de alta en Seguridad Social, y cuyo despido fue declarado improcedente por sentencia firme.”*

⁸⁹⁴ Rodríguez Cardo, I. A. (2009). Extranjeros en situación irregular: Derechos laborales y de seguridad social tras las últimas decisiones del tribunal supremo y del tribunal constitucional. *Actualidad Laboral*, (5), 1.

ámbito del Derecho del Trabajo para adscribirse al ámbito administrativo de la cuestión de la residencia irregular.

Siguiendo con el análisis de la referida Sentencia, que resuelve el Recurso número 800/2007 de casación para la unificación de doctrina, soluciona la polémica y fija los criterios generales de aplicación en materia de desempleo y trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular en España; las directrices establecidas por el Tribunal Supremo fueron que, en caso de que el extranjero esté en España en situación administrativa irregular (sin permiso de residencia ni de trabajo), en ningún caso se hace posible la percepción de la prestación por desempleo⁸⁹⁵, ahora bien, si el trabajador extranjero no está en posesión de la autorización para trabajar pero sí posee el permiso de residencia el contrato de trabajo no se considerará nulo y puede llegar a surtir efectos en el ámbito de la Seguridad Social, pudiendo tener acceso a las prestaciones del mismo modo que un nacional pero, por el contrario, en el caso de que el trabajador sea un extranjero en situación administrativa irregular en España, tanto si la situación ya existía como si ha venido sobrevenida durante su estancia en nuestro país y bajo lo establecido en el artículo 57 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, incurre en una infracción administrativa grave y únicamente tendrá derecho de acceso a los servicios y

⁸⁹⁵ Ortega Giménez, A. (2008). El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del tribunal supremo de 18 de marzo de 2008. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (764), 1-6.

prestaciones sociales básicas al amparo del artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, entre las que no se encuentra, como bien es sabido, la prestación por desempleo⁸⁹⁶.

En lo que a la normativa internacional se refiere entiende el Tribunal Supremo que tanto el Convenio número 97⁸⁹⁷ de la OIT como la Recomendación número 151⁸⁹⁸ de la misma institución no establecen que los trabajadores extranjeros en situación administrativa irregular en España tengan derecho a acceder a la prestación por desempleo y que, por ende, el trato de Igualdad en este sentido y el alcance del principio de Universalidad no se violan dado que no cumplen con los requisitos exigidos ya que, recordemos, los artículo 6⁸⁹⁹ y 11⁹⁰⁰ del Convenio número 97 de la OIT reconoce la Igualdad de trato únicamente para aquellos extranjeros que acrediten residencia legal en España y que,

⁸⁹⁶ Triguero Martínez, L. A. (2009). La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: Las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y anteproyecto de ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1(21), 73-104.

⁸⁹⁷ C097 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97). *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).

⁸⁹⁸ R151 - Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975 (núm. 151). *Recomendación sobre los trabajadores migrantes*. Adopción: Ginebra, 60ª reunión CIT (24 junio 1975) - Estatus: Instrumento actualizado.

⁸⁹⁹ "1. 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 las materias siguientes:... (b) la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social)..."

⁹⁰⁰ "1. A los efectos de este Convenio, la expresión trabajador migrante significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante."

además, hace únicamente referencia a las prestaciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional y nunca a desempleo⁹⁰¹.

El Tribunal Supremo reconoce la responsabilidad del empresario en materia de daños y perjuicios, pero no reconoce en ningún momento la responsabilidad de las entidades gestoras y en ese sentido, sin lugar a dudas, no puede imputarse la prestación por desempleo al empresario independientemente de la existencia de defecto en las formas de la contratación, cosa que solo sería posible por la vía del artículo 59⁹⁰² de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en el caso de que el empresario formara parte de una red organizada de tráfico ilícito de mano de obra, que constituye, a su vez, un delito tipificado en el Código Penal ex. artículo 312.1⁹⁰³ Código Penal. El Tribunal Supremo,

⁹⁰¹ Giráldez Méndez, R. (2009). El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros en situación irregular: Comentario a la sentencia del tribunal supremo de 18 de marzo de 2008. *Dereito: Revista Xurídica Da Universidade De Santiago De Compostela*, 18(2), 241-258.

⁹⁰² "1. El extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores. 2. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo a fin de que decida si desea acogerse a esta vía, y harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver, que podrá conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor del extranjero, según el procedimiento previsto reglamentariamente. El instructor del expediente sancionador informará de las actuaciones en relación con este apartado a la autoridad encargada de la instrucción del procedimiento penal. 3. A los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar, a su elección, el retorno asistido a su país de procedencia o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley velando, en su caso, por su seguridad y protección..."

⁹⁰³ "Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra". Redactado por la Disposición Final 1ª de la L.O. 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (B.O.E.12 Enero). Vigencia: 1 febrero 2000.

en la referida Sentencia, señala que *“ni los Convenios número 19 y 97 de la OIT ni la Recomendación 151 de esta organización ofrecen solución al tema”* pero, en mi opinión, la Recomendación número 151 de la OIT sí reconoce el derecho de los extranjeros en situación administrativa irregular a percibir la prestación por desempleo⁹⁰⁴ y así lo establece en su artículo 8.3 en el que señala que *“los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberían disfrutar de la Igualdad de trato, tanto para ellos como para sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración seguridad social y otros beneficios”*, si bien es cierto que la recomendación no es de carácter vinculante pero debe operar como criterio interpretativo⁹⁰⁵ más si cabe con el *paralelismo existente con el artículo 36⁹⁰⁶ de la Ley de Extranjería⁹⁰⁷*; de modo que el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 18 de marzo de 2008⁹⁰⁸, en materia de responsabilidad del empresario

⁹⁰⁴ Álvarez Cortés, J. C. y Plaza Angulo, J. J. (2008). Prestaciones de seguridad social. sobre la imposibilidad de acceder a la protección por desempleo por los trabajadores inmigrantes en situación irregular. *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (97), 223-238.

⁹⁰⁵ Cabeza Pereiro, J. (2008). La protección de seguridad social de las personas extranjeras. *Actualidad Laboral*, (3)

⁹⁰⁶ “1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente. 2. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad...”

⁹⁰⁷ Giráldez Méndez, R. (2009). El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros en situación irregular: Comentario a la sentencia del tribunal supremo de 18 de marzo de 2008. *Dereito: Revista Xurídica Da Universidade De Santiago De Compostela*, 18(2), 241-258.

⁹⁰⁸ En la STS de 18 de marzo de 2008 se resolvió un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra Sentencia TSJ Madrid de 16 de enero de 2007 por la que se negó el derecho de acceso de un extranjero en situación administrativa irregular en España a

que ha contratado los servicios del extranjero en situación administrativa irregular en España, establece, en su Fundamento Jurídico 5º, que el extranjero en situación administrativa irregular puede, sin lugar a dudas, reclamar indemnización por daño y perjuicios pero no en base a la responsabilidad en las prestaciones sino como responsabilidad ordinaria del Derecho Civil que, a su vez, no supondría obligaciones de anticipo para las entidades gestoras y colaboradoras⁹⁰⁹.

El caso parece resuelto tras la STS de 18 de marzo de 2008⁹¹⁰ que confluó en la nueva redacción del artículo 36.5 de la Ley de Extranjería en el que se establece que *“La carencia de 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”*; es decir, el trabajador

la prestación por desempleo; se trataba de un extranjero en situación administrativa irregular que había prestado sus servicios para una empresa de espectáculos; el Juzgado de lo Social número 9 de Madrid, en Sentencia de 26 de noviembre de 2004, declara el despido improcedente y el demandante pasa a solicitar al Servicio Público de Empleo Estatal y al Servicio Regional del Empleo la prestación por desempleo sin recibir respuesta de ninguna de las dos entidades por lo que presenta demanda al respecto; en Sentencia de 13 de febrero de 2006, el Juzgado de lo Social número 14 de Madrid, desestima la demanda en relación a la percepción de la prestación por desempleo por lo que recurre ante el Tribunal Supremo que culmina con la STS de 18 de marzo de 2008 donde se deniega el derecho a la prestación por desempleo al demandante.

⁹⁰⁹ Alfonso Mellado, C. L. (2010). Protección frente al accidente de trabajo del extranjero sin autorización de residencia y trabajo. (A propósito de la sentencia del tribunal supremo de 21 de enero de 2010). *Revista De Derecho Social*, (50), 189-207.

⁹¹⁰ Número de Recurso 800/2007.

extranjero en situación administrativa irregular no puede tener acceso a las prestaciones por desempleo.

Es cierto que lo más coherente sería el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo a los inmigrantes en situación administrativa irregular, ya que han llevado a cabo un trabajo remunerado para un empleador (aunque sin los requisitos de alta y cotización), pero tras la reiterada doctrina del Tribunal Supremo al respecto en consonancia con lo establecido en el artículo 36.5 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, no cabe entender que exista el reconocimiento de la prestación⁹¹¹.

Se podría entender claramente vulnerado el principio de Igualdad y, por tanto, la Universalidad real del sistema en cuanto a la prestación por desempleo, con carácter general⁹¹², ya que, en las mismas condiciones, un trabajador nacional que haya prestado sus servicios por un empleador y no haya sido dado de alta en el sistema, mediante el mecanismo del alta presunta, tendrá derecho de acceso a las

⁹¹¹ Giráldez Méndez, R. (2009). El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros en situación irregular: Comentario a la sentencia del tribunal supremo de 18 de marzo de 2008. *Dereito: Revista Xurídica Da Universidade De Santiago De Compostela*, 18(2), 241-258.

⁹¹² Si bien es cierto que, en este sentido, y cumpliendo con lo establecido en base a los principios de Igualdad y Universalidad debemos destacar lo señalado en la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género supone una manifestación de tal igualdad efectiva en materia de derechos Sociales, de 28 de diciembre, que en su artículo 17 establece que todas las mujeres que hayan sido víctimas de violencia de género podrán tener acceso a la prestación por desempleo independientemente de sus características personales, es decir, dejando de la lado los requisitos de ciudadanía y residencia y equiparando a todas por igual. Además, su artículo 21 prevé que la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho a la reducción o reordenación de su jornada laboral; a la movilidad geográfica; al cambio del centro de trabajo; a la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo y a la extinción de su contrato, siendo que el ejercicio de estos dos últimos dará lugar a la situación legal de desempleo, considerándose el tiempo de suspensión como periodo de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social y de desempleo.

prestaciones del sistema de Seguridad Social y, entre ellas, legalmente establecido el acceso a la prestación por desempleo.

2.3.2.2 La prestación por desempleo en el caso de extranjeros que cuentan con autorización administrativa para residir y para trabajar en España en el momento de acceso a la prestación pero no con anterioridad.

En una Sentencia un poco más reciente que las anteriores⁹¹³, en concreto de 2015, se vuelve a plantear, esta vez ante el TSJ de Cataluña, un nuevo litigio en relación a los extranjeros en situación administrativa irregular en España y la prestación por desempleo; en este caso en concreto se presenta la posibilidad de que el trabajador que, en principio, era extranjero en situación administrativa irregular en España pudiese ser perceptor de la prestación por desempleo una vez reconvertida su situación administrativa a regular; lo peculiar de este caso en concreto es que la trabajadora consigue la autorización para trabajar a lo largo de su prestación de servicios para el empleador, de modo que, en el momento del despido, su situación administrativa era regular por lo que, indudablemente, tenía derecho de acceso a la prestación. Ahora bien, lo que la demandante pretendía era que computasen para la misma los tiempos en los que había estado prestado sus servicios de manera irregular, pero no se entendió así por

⁹¹³ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social (Pleno), de 14 de diciembre de 2015, recurso de suplicación núm. 3972/2015.

el Servicio Público Estatal de Empleo que solo le concedió la prestación por los días que estuvo prestando sus servicios en situación administrativa regular; la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña desestima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora fallando el mismo sentido en el que ya lo hizo el Juzgado de lo Social número 2 de Sabadell confirmando su resolución y estableciendo que la trabajadora únicamente tenía derecho a percibir la prestación correspondiente al periodo de tiempo en el que había prestado sus servicios con la autorización administrativa en vigor.

En el mismo sentido que la Sentencia recurrida, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo establece que, a efectos de la prestación por desempleo, solo se deben considerar como periodos de cotización aquellos en los que el trabajador extranjero contaba con los permisos administrativos correspondientes que le habilitaban para trabajar, basando su decisión en las STS de 18 de marzo⁹¹⁴ y de 12 de noviembre de 2008⁹¹⁵, en los artículos 262.1⁹¹⁶, 266 c)⁹¹⁷ y 268.1⁹¹⁸ del

⁹¹⁴ Número de Recurso 800/2007.

⁹¹⁵ Número de Recurso 3177/2007.

⁹¹⁶ "1. El presente título tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 267".

⁹¹⁷ "c) Encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300".

⁹¹⁸ "1. Las personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 266 deberán solicitar a la entidad gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones que nacerá a partir de que se produzca la situación legal de desempleo, siempre que se solicite dentro del plazo de los quince días siguientes. La solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo. Asimismo, en la fecha de solicitud se deberá suscribir el compromiso de actividad al que se refiere el artículo 300. La inscripción como demandante de empleo deberá mantenerse durante todo el periodo de duración de la prestación como requisito necesario para la conservación de su percepción, suspendiéndose el abono, en caso de incumplirse dicho requisito, de acuerdo con lo establecido en el artículo 271".

TRLGSS y en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 22 de noviembre de 2006 de lo que extrae el Tribunal Supremo que el TRLGSS establece que la prestación por desempleo se debe otorgar a quienes *“pudiendo y queriendo trabajar”*, pierden su empleo y, en el caso de los extranjeros en situación administrativa irregular en España, es imposible que puedan prestar sus servicios como trabajadores, ya que la ley se lo impide por no poseer la preceptiva autorización administrativa; además, para poder solicitar la prestación por desempleo, se debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 266 c) del TRLGSS cosa que, en el caso de los extranjeros en situación administrativa irregular, resulta imposible como, del mismo modo, resulta imposible que se inscriban como demandantes de empleo y, por tanto, no pueden acceder a la percepción de la prestación. Lo que viene a establecer el Tribunal Supremo es que los periodos de trabajo son diferentes y regulados a través de diferencias más que claras y que la regulación de la situación administrativa del extranjero no posee eficacia retroactiva, por lo que tampoco debe aplicarse a los periodos de cotización; ahora bien, sí que establece responsabilidad de carácter indemnizatorio privado por parte de la empresa nacida de la naturaleza contractual del caso, ya que una de las obligaciones del empresario es solicitar el alta en el sistema de Seguridad Social de los trabajadores que tenga a su cargo y de cumplir, obviamente, con la obligación de cotizar. Es de resaltar el voto

particular de Segoviano Astaburuaga⁹¹⁹ en la que se razona que la resolución del caso no puede ser la misma que en las STS de 2008 ya que el caso a tratar no era exactamente el mismo; en 2008 el caso del trabajador extranjero examinado versaba sobre un sujeto que nunca había poseído la autorización administrativa pertinente mientras que en el caso de 2017 el trabajador extranjero era titular de la autorización de residencia y trabajo en el momento de acceso a la prestación, por lo que entiende, además, que el empresario debía tener responsabilidad por incumplir con las obligaciones de alta y cotización y entiende que debería proceder el anticipo a tenor de lo establecido en el artículo 166.4⁹²⁰ del TRLGSS.

Como se puede ver, el Tribunal Supremo sigue con la misma línea interpretativa que ya fijó en la STS de 18 de marzo de 2008⁹²¹ y, por tanto, continúa manteniendo la imposibilidad de acceso a la prestación por desempleo de los extranjeros mientras mantengan su situación administrativa irregular y durante la misma.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en otra STS de 31 de enero de 2017⁹²² con un supuesto de hecho similar al anterior; en este caso, de nuevo, el Tribunal Supremo declara no procedente la percepción de la prestación por desempleo correspondiente a los

⁹¹⁹ Al que se adhieren Virolés Piñol, Arastey Sahún, Moralo Gallego y Agustí Juliá.

⁹²⁰ “4. 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 hubiera incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral”.

⁹²¹ Número de Recurso 800/2007.

⁹²² Número de Recurso 3345/2015.

periodos en los que el extranjero prestaba sus servicios para el empresario en situación administrativa irregular no reconociendo la ampliación de la prestación con el voto particular de Arastey Sahun⁹²³ (en el mismo sentido que lo hacía Segoviano Astaburuaga en el caso anterior).

Se podría concluir diciendo que un extranjero en situación administrativa irregular en España difícilmente va a poder optar a la prestación por desempleo mientras no posea residencia legal en España y, además, el pertinente permiso de trabajo⁹²⁴, ya que dada la configuración de la prestación por desempleo e interpretada desde el prisma del estatuto reconocido a los extranjeros por nuestro ordenamiento jurídico no se puede entender, bajo ningún concepto, que el extranjero en situación administrativa irregular en España tenga derecho de acceso a la prestación por desempleo ya que no puede trabajar y, además, se encuentra en una situación que le impide celebrar contrato de trabajo válido; por otro lado, un trabajador que no cumple con los requisitos legales de residencia y autorización para trabajar no podrá inscribirse como demandante de empleo (que es una de las exigencias para poder tener acceso a la prestación); en definitiva, sería incoherente que a través de la regulación del sistema de Seguridad Social español se pudiese vulnerar las normas reguladoras del sistema de extranjería permitiendo que los extranjeros

⁹²³ Al que se adhieren Segoviano Astaburuaga, Viroles Piñol, Blasco Pellicer y Agustí Julia.

⁹²⁴ Angoitia Grijalba, M., Tobes Portillo, P. (2006). La protección por desempleo de los inmigrantes en España. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (61), 41-60.

en situación administrativa irregular en España pudiesen reconvertir su situación administrativa por medio de la normativa en materia de Seguridad Social; si se les reconociese el derecho a desempleo y, por tanto, la búsqueda de otro empleo estable se estaría favoreciendo la inmigración ilegal y abriendo una puerta de acceso diferente a la establecida legalmente.

2.3.3 La prestación por accidente de trabajo y los extranjeros en situación administrativa irregular en España.

2.3.3.1 Cuestiones Generales.

Históricamente, tal y como ha ocurrido en el caso de los extranjeros en situación administrativa irregular en España y el reconocimiento de la prestación por desempleo, ha habido cambios importantes en el reconocimiento de la prestación por accidente de trabajo.

El Tribunal Supremo fue quien instituyó la protección de los trabajadores en situación administrativa irregular en el caso de que sufrieran accidentes de trabajo extendiendo el campo de aplicación de la Seguridad Social en la materia de accidentes de trabajo⁹²⁵, estableciendo que, si la protección del accidente de trabajo se deriva de la existencia de un contrato de trabajo pero el extranjero en situación administrativa irregular en España no puede estar dado de

⁹²⁵ Entre otras en la STS de 9 de junio de 2003, Número de Recurso 4217/2002 y en la STS de 29 de septiembre de 2003, Número de Recurso 3003/2002.

alta, la falta de la misma no debería privarle de la protección frente a los accidentes de trabajo, lo que se deriva en la responsabilidad del empresario a satisfacer las prestaciones y al anticipo de las mismas por las entidades gestoras o colaboradoras de la Seguridad Social. Esto se instituye porque no se puede perjudicar a un trabajador, independientemente de su situación administrativa ya que existe un *uso abusivo de la fuerza de trabajo* y, por tanto, debe existir responsabilidad empresarial⁹²⁶.

En este sentido deberemos tener en cuenta en lo que a la validez del contrato de trabajo se refiere, todas las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo vistas en epígrafes anteriores entre las más significativas las SSTC 236/2007 y 107/1984 y la STS de 9 de junio de 2003.

La mayoría de los tribunales de la jurisdicción social, en función de lo establecido en el artículo 166.4 del TRLGSS, entienden que todos y cada uno de los trabajadores que hayan prestado sus servicios para una empresa, independientemente de su nacionalidad y su situación administrativa en España, tendrán derecho a la percepción de la prestación por accidente de trabajo y, en su caso, a las derivadas de una enfermedad profesional⁹²⁷.

⁹²⁶ Cabeza Pereiro, J. (2008). La protección de seguridad social de las personas extranjeras. *Actualidad Laboral*, (3)

⁹²⁷ Artículo 166.4 del TRLGSS: *“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 hubiera incumplido sus obligaciones. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral.”*

Existen dos Sentencias del Tribunal Supremo que, en 2003, se ocuparon del tema de la validez del contrato de trabajo y las prestaciones derivadas de accidente de trabajo: la STS de 9 de junio de 2003⁹²⁸ y la STS de 7 de octubre de 2003⁹²⁹:

1. En la STS de 9 de junio de 2003⁹³⁰, el Tribunal Supremo trataba la cuestión referente a un trabajador extranjero en situación administrativa irregular en España que prestaba sus servicios para un empresario como ayudante de cocina, conductor y comprador, que sufre un accidente de tráfico mientras realiza sus funciones. El Juzgado de lo Social número 9 de Madrid, en Sentencia de 5 de noviembre de 2001 entiende que el trabajador tiene derecho a las prestaciones por asistencia sanitaria y económicas derivadas del accidente de trabajo con cargo a la empresa, Sentencia a la que recurren en suplicación el INSS y la TGSS ante el TSJ de Madrid que dicta Sentencia desestimatoria de los recursos el 9 de septiembre de 2002 por lo que el INSS decide interponer recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

⁹²⁸ Número de Recurso 590/2003.

⁹²⁹ Número de Recurso 2152/2002.

⁹³⁰ Número de Recurso 590/2003.

2. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003⁹³¹ se trata el asunto un extranjero en situación administrativa irregular que presta sus servicios como Oficial de primera de albañilería y sufre accidente de trabajo durante el desempeño de sus funciones. Había presentado demanda de reclamación de prestaciones de incapacidad temporal que fue estimada en instancia y confirmada en suplicación; a consecuencia del accidente sufrido el extranjero en situación administrativa irregular en España sufre secuelas por lo que solicita el reconocimiento de una incapacidad permanente a lo que el INSS responde con una negativa en Resolución de 18 de abril de 2001. El 30 de octubre de 2001 el Juzgado de lo Social número 2 de León resuelve el derecho del trabajador a la percepción de la prestación por incapacidad permanente equivalente al 100% de la base reguladora pero el TSJ de Castilla y León, en su sede de Valladolid, en Sentencia de 30 de abril de 2002 revoca la Sentencia de instancia, lo que motiva el recurso del trabajador.

Clara es la fundamentación jurídica que el Tribunal Supremo establece en ambas sentencias: basa su decisión en el principio de automaticidad de las prestaciones reconociendo la responsabilidad directa del

⁹³¹ Número de Recurso 2152/2002.

empresario y la obligación de adelanto de la prestación de la Mutua, el INSS y la TGSS⁹³².

Es cierto que según el anterior 33.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el contrato de trabajo no se consideraba un contrato nulo por lo que en las dos sentencias del año 2003 el Tribunal Supremo entiende que *“el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo”*. En ambas Sentencias, el Tribunal Supremo, se pronuncia en relación al anterior artículo 33.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, (hoy artículo 36.5), según el cual el contrato no es considerado nulo pero no aluden expresamente a la concesión de las prestaciones en materia de Seguridad Social⁹³³.

En el año 2005 se produjo la reforma del Real Decreto 84/1996 sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos en la Seguridad Social que supuso una vuelta atrás en la Igualdad de trato dejando claro el acceso en el caso de accidentes de trabajo pero dejando otras cuestiones por resolver.

Con la nueva redacción del artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no quedaba claro cuáles eran las prestaciones de la Seguridad Social a las que el extranjero en situación administrativa irregular tendría derecho de modo que en el Real Decreto 1041/2005,

⁹³² Charro Baena, P. (2012). La doctrina unificada del tribunal supremo sobre los derechos laborales y de seguridad social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (347), 119-146.

⁹³³ *Ibid.*, p. 119-146.

de 5 de septiembre, modificó el artículo 42 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, que establece que *“Los extranjeros que precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley”*: conforme a lo establecido en su apartado segundo los extranjeros en situación administrativa irregular en España que posean nacionalidad de países que hayan ratificado el Convenio número 19⁹³⁴ de la OIT sí se considerarán de alta en el sistema de Seguridad Social y, por tanto, quedarán protegidos frente a las contingencias derivadas del accidente de trabajo⁹³⁵.

Se estableció, pues, que los extranjeros en situación administrativa irregular, independientemente de la irregularidad en su contrato de trabajo, tendrían derecho a las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional ya que, verdaderamente, estaban llevando a cabo un trabajo remunerado con un empleador y, por tanto, merecían la

⁹³⁴ C019 - Convenio sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19). Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo (Entrada en vigor: 08 septiembre 1926). Adopción: Ginebra, 7ª reunión CIT (05 junio 1925). Estatus: Instrumento en situación provisoria (Convenios Técnicos).

⁹³⁵ Alfonso Mellado, C. L. (2010). Protección frente al accidente de trabajo del extranjero sin autorización de residencia y trabajo. (A propósito de la sentencia del tribunal supremo de 21 de enero de 2010). *Revista De Derecho Social*, (50), 189-207.

misma protección que un nacional o un extranjero en situación administrativa regular que prestaran servicios para un empresario por lo que, aunque el alta no fuera posible dadas las características de irregularidad de la situación del trabajador extranjero, no se podía excluir al empresario de las responsabilidades derivadas del accidente de trabajo sufrido por un extranjero en situación administrativa irregular que, efectivamente, estaba prestándole sus servicios⁹³⁶.

La fundamentación se basa, en gran parte, en la interpretación del artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con los cambios que se llevaron a cabo tras la STS de 18 de marzo de 2008⁹³⁷ que ya establecía, de forma clara, cuál era la situación en la que quedaba la tesis de la nulidad contractual⁹³⁸ y que, por algunos autores, se entendía como “*un precepto rompedor y avanzado de la legislación social*”⁹³⁹, que “*permitía vincular los derechos laborales y de Seguridad Social al trabajo y no al contrato*”⁹⁴⁰. Tras la STS de 18 de marzo de 2008 el Tribunal Supremo establece una serie de criterios en lo que al extranjero en situación irregular en España se refiere y las prestaciones por accidente de trabajo, de modo

⁹³⁶ Marín Marín, J. y Gallego Moya, F (2005). *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*. Albacete: Bomarzo.

⁹³⁷ Número de Recurso 800/2007.

⁹³⁸ Alonso Olea, M. (2001). *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000* (1st edición) Madrid: Civitas, 2001.

⁹³⁹ López Cumbre, L. (2006). La ruptura del binomio afiliación/prestación en la protección social de los extranjeros. *Tribuna Social: Revista De Seguridad Social y Laboral*, (187), 13-30.

⁹⁴⁰ Charro Baena, P. (2012). La doctrina unificada del tribunal supremo sobre los derechos laborales y de seguridad social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (347), 119-146.

que reconoce que el extranjero en situación administrativa irregular en España que haya suscrito trabajo de trabajo sin la preceptiva autorización administrativa tendrá derecho a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, reconociendo, además, en función del artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y del artículo 42 del RD 84/1996, la responsabilidad del empresario⁹⁴¹.

El derecho a la Seguridad Social, en materia de protección por contingencias profesionales, aplica los principios de alta de pleno derecho y de automaticidad de las prestaciones, es decir, la falta de afiliación, alta y de la consiguiente cotización hace responsable directo al empresario y aunque el trabajador percibirá las cantidades por parte de la Seguridad Social o sus entidades colaboradoras, el empresario será el responsable de las mismas⁹⁴². En el Convenio número 19 de la OIT⁹⁴³ se establece, claramente, la Igualdad de trato de los trabajadores extranjeros y los nacionales en relación a las indemnizaciones y consecuencias del accidente de trabajo siempre y cuando el país de origen del trabajador y España haya ratificado el citado Convenio y permite imponer el requisito de la residencia⁹⁴⁴.

Aunque está muy claro lo que la Ley establece en esta materia, por norma general, la práctica judicial fue inicialmente contraria a ella sin tener en cuenta la situación y dejando desprotegido al extranjero en

⁹⁴¹ Charro Baena, P. (2012). La doctrina unificada del tribunal supremo sobre los derechos laborales y de seguridad social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (347), 119-146.

⁹⁴² Borrajo Dacruz, E. (2009). Accidentes de trabajo y extranjería. *Actualidad Laboral*, (1), 1.

⁹⁴³ De 5 de junio de 1925 y ratificado por España el 24 de mayo de 1928.

⁹⁴⁴ Borrajo Dacruz, E. (2009). Accidentes de trabajo y extranjería. *Actualidad Laboral*, (1), 1.

situación irregular que sufría un accidente de trabajo o una enfermedad profesional sin cumplir con lo establecido para los actos de encuadramiento y para la obtención de la residencia en España y lo habitual era determinar nulo el contrato de trabajo y, por ende, eliminar la cobertura del sujeto afectado. Será tras la labor unificadora del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de octubre de 2003⁹⁴⁵. Cuando se reconozca el derecho a la prestación del extranjero que se encontraba en situación irregular basando su decisión en el Convenio número 19 de la OIT⁹⁴⁶ y en artículo 1.4⁹⁴⁷ de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966.

Como en el caso de los extranjeros en situación administrativa irregular en España y la prestación por desempleo, hay que encontrar la solución en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero⁹⁴⁸, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en sus diferentes reformas para adaptar la norma a lo establecido por la

⁹⁴⁵ En ella se enjuiciaba el caso de un extranjero irregular de nacionalidad colombiana que prestaba sus servicios sin contrato de trabajo sufrió un accidente laboral que le supuso secuelas importantes que eran constitutivas de incapacidad permanente absoluta; en vía administrativa se le denegó la protección por sus situación de irregular ya que se entendía que se encontraba fuera del campo de aplicación. El TS revocó la decisión reconociendo el derecho a la precepción de la prestación del extranjero que, hasta entonces, se encontraba en situación irregular en España.

⁹⁴⁶C019 - Convenio sobre la Igualdad de trato (accidentes del trabajo), 1925 (núm. 19). *Convenio relativo a la Igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo (Entrada en vigor: 08 septiembre 1926). Adopción: Ginebra, 7ª reunión CIT (05 junio 1925) - Estatus: Instrumento en situación provisoria (Convenios Técnicos).*

⁹⁴⁷ "Sin otras excepciones que las reguladas en la presente Orden, el Régimen General de la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva. La concesión de mejoras voluntarias por las empresas deberá ajustarse a lo previsto en esta Orden".

⁹⁴⁸ Modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

práctica jurisprudencial⁹⁴⁹. En este punto se hace necesario, de nuevo, estar a lo previsto en el artículo 36.5 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, que establece que *“La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero”*. Este cambio en el precepto legal vino motivado, como ya se vio, por la STS de 18 de marzo de 2008⁹⁵⁰; en el artículo queda claro que la carencia de las preceptivas autorizaciones de residencia y trabajo no invalidarán el contrato de trabajo y le permitirá el acceso al extranjero en situación administrativa irregular en España a ciertas prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social. Una de las cuestiones que más preocupaba al legislador y al Tribunal Supremo era que, habiendo reconocido el derecho de acceso a nuestro sistema de Seguridad Social, se

⁹⁴⁹ Alfonso Mellado, C. L. (2010). Protección frente al accidente de trabajo del extranjero sin autorización de residencia y trabajo. (A propósito de la sentencia del tribunal supremo de 21 de enero de 2010). *Revista De Derecho Social*, (50), 189-207.

⁹⁵⁰ Número de Recurso 800/2007.

reconvirtiera la situación irregular del extranjero en situación regular debiendo concederle los permiso de residencia y trabajo razón por la cual se opta por introducir el último inciso del artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que aclara que “...*Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero*”.

En definitiva, tras los diferentes cambios en la orientación jurisprudencial y legislativa para adaptar la realidad social a sus interpretaciones y mandatos y después de avanzar y retroceder en materia de derechos prestacionales por accidente de trabajo de los extranjeros en situación administrativa irregular en España al final, tras la modificación del artículo 36.5⁹⁵¹ de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en gran medida, por la STS de 18 de marzo de 2008, se opta por reconocer la validez del contrato en los términos necesarios para el reconocimiento de la protección por accidente de trabajo de este colectivo de extranjeros, ajustándose así a los mandatos establecidos por los Convenios número 19 y 97 de la OIT y a la propia normativa interna por lo que puedo afirmar que, en materia de accidentes de trabajo, finalmente, parece que nuestro ordenamiento jurídico interno se adapta a los principios de Igualdad y Universalidad; ahora bien, los extranjeros en situación administrativa irregular en España no tienen derecho de acceso a las prestaciones contributivas por contingencias comunes, confirmando así el derecho español la regla del Convenio

⁹⁵¹ Motivada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

número 97 de la OIT restringiendo la protección de la Seguridad Social a los extranjeros en situación regular en España⁹⁵² (como ya se justificó en párrafos anteriores). No hay que olvidar que tras la actual solución al conflicto entre validez de contrato de trabajo y extranjeros en situación administrativa irregular en España y accidente de trabajo, ha habido una gran tarea tanto jurisprudencial como legislativa pero hay que recordar que, en tiempos de la primera ley de extranjería, la Ley Orgánica 7/1985, la interpretación no era tan sencilla y no se facilitaba el acceso a la misma dadas las declaraciones de nulidad de contratos señaladas desde los mismos⁹⁵³; sin embargo, otra vertiente del tema son aquellas prestaciones profesionales, en las cuales nuestro sistema de Seguridad Social no establece protección para los trabajadores extranjeros que se encuentran de manera irregular en España, como ya dije antes, fundamentado en la falta de alta⁹⁵⁴ o cotización en el sistema⁹⁵⁵.

En la STS de 21 de enero de 2010⁹⁵⁶, de la Sala 4ª de lo Social, el Tribunal Supremo reitera la doctrina establecida con anterioridad en

⁹⁵²Montoya Melgar, A. (2007). *El empleo ilegal de inmigrantes* (1a edición). Página 139. Cizur Menor Navarra: Thomson-Civitas

⁹⁵³Torres Andrés, J. M., España. (2005). *La situación de los extranjeros en relación con el orden social*. Página 91. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.

⁹⁵⁴ Hay que recordar que desde el 1 de marzo de 1996 hasta el 20 de diciembre de 2003 no podía afiliarse ni darse de alta al trabajador extranjero en situación irregular en España. Torres Andrés, J. M., España. (2005). *La situación de los extranjeros en relación con el orden social*. Página 92. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.

⁹⁵⁵Torres Andrés, J. M., España. (2005). *La situación de los extranjeros en relación con el orden social*. Página 92. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.

⁹⁵⁶ Número de Recurso 106/2009.

sus SSTs de 9 de junio de 2003⁹⁵⁷ y de 7 de octubre de 2003⁹⁵⁸: que cualquier extranjero en situación administrativa irregular que preste sus servicios en España tiene derecho a ser beneficiario de las prestaciones por accidente de trabajo independientemente de que carezca de las preceptivas autorizaciones de residencia y trabajo y que ello dará lugar, a tenor del artículo 36.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a responsabilidades del empleador⁹⁵⁹, en caso de no poseerlas ya que es a quien le corresponde la solicitud de las mismas según lo establecido en el artículo 36.1 de la misma Ley⁹⁶⁰.

2.3.3.2 El accidente de trabajo y la suplantación de identidad del extranjero en situación administrativa irregular.

Otro de los casos que se han tratado en el sentido anterior es el que se refiere a la suplantación de identidad del extranjero en situación administrativa irregular en España y el accidente de trabajo. Es cierto que se trata, igualmente, de un trabajador en situación administrativa irregular en España que presta sus servicios para una empresa y sufre un accidente de trabajo pero la diferencia radica, con respecto al

⁹⁵⁷ Número de Recurso 590/2003.

⁹⁵⁸ Número de Recurso 2152/2002.

⁹⁵⁹ Estableciendo la Sentencia de 21 de enero de 2010 que *“El empresario que contrató al demandante no puede afirmarse que prestara su consentimiento válido en dicha contratación puesto que en ambos casos se parte de la base de que uno y otro empleador firmaron los respectivos contratos en la convicción de que contrataba a un trabajador debidamente autorizado para residir, cuando realmente estaba dando su consentimiento a otro contrato distinto con un error no solo calificable de sustancial, sino producido dolosamente por un trabajador que suplantaba realmente a otro con falsedad documental concurrente”*.

⁹⁶⁰ Alfonso Mellado, C. L. (2010). Protección frente al accidente de trabajo del extranjero sin autorización de residencia y trabajo. (A propósito de la sentencia del tribunal supremo de 21 de enero de 2010). *Revista De Derecho Social*, (50), 189-207.

supuesto de hecho anterior, en que el extranjero en situación administrativa irregular en España ha suplantado la identidad de otro que sí poseía las pertinentes autorizaciones administrativas. En este sentido se puede encontrar, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Jaén, de 18 de enero de 2008, que estableció para el caso de suplantación de identidad que el trabajador en situación administrativa irregular en España que había sufrido accidente de trabajo tendría derecho a la prestación correspondiente ya que, aunque había una ilegalidad en la formulación del contrato dada la suplantación de identidad, eximía de responsabilidad al empresario que no era concedor de la misma pero no a la entidad colaboradora de la Seguridad Social (Mutua de accidentes de trabajo), y establecía que la suplantación de identidad debía pasar a juzgarse por un ilícito penal.

En este caso nos encontramos ante la situación de que el trabajador extranjero se encuentre en situación administrativa irregular pero opte por la suplantación de identidad con el claro desconocimiento del empleador. En ese caso, el trabajador había suplantado la personalidad de otro y había sido dado de alta y se había cumplido con la obligación de cotizar del empleador por lo que, al haber sido intencionada la situación por el propio trabajador, no se reconoce la existencia de un contrato válido y, por tanto, se deniega el acceso a cualquier prestación

de la Seguridad Social por Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 3 de diciembre de 2008⁹⁶¹.

La Sentencia de la Sala 4ª de lo Social, del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010⁹⁶² trata el caso especial del trabajador extranjero en situación administrativa irregular en España que presta sus servicios para un empleador, pero bajo la característica especial de simular la identidad de otro sujeto que sí posee las pertinentes autorizaciones pero con desconocimiento de la situación por parte del empleador lo que supone que éste no es responsable de la solicitud⁹⁶³ de la misma porque cree que el extranjero está en situación administrativa regular en España, lo que conlleva que el empresario no sea responsable como sí lo es cuando conoce la situación de irregularidad del extranjero; por ello la responsabilidad pasa a ser toda del trabajador que ha falseado su identidad. La falta de validez del contrato con el extranjero en situación administrativa irregular que utiliza una identidad falsa viene basada, claramente, en que existe un vicio en el contrato de trabajo y conforme a los artículos 1261⁹⁶⁴ y 1266⁹⁶⁵ del Código Civil el mismo será nulo⁹⁶⁶.

⁹⁶¹ En el recurso de suplicación número 1844/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 18 de enero de 2008 por el Juzgado de lo Social número 3 de Jaén, en los autos número 386/07, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la Mutua Universal MUGENAT.

⁹⁶² Número de Recurso 106/2009.

⁹⁶³ Aunque sí lo sería de las consecuencias del accidente de trabajo si este se hubiese producido por culpa o negligencia del empresario.

⁹⁶⁴ "No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca."

⁹⁶⁵ "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato

El 21 de enero de 2010⁹⁶⁷ el Tribunal Supremo dictó Sentencia en la que da solución a la polémica formulada en torno a las prestaciones del sistema de Seguridad Social y los extranjeros en situación administrativa irregular en España; esta Sentencia da solución, en concreto, a la controversia generada por las prestaciones por accidentes de trabajo. Dado el tema en cuestión y las fundamentaciones generales del problema hay que recordar que la misma sala del Tribunal Supremo ya se ocupó de este tema, en su STS de 18 de marzo de 2008⁹⁶⁸ (tratada en el epígrafe anterior).

En este caso el Tribunal Supremo trata, de nuevo, la cuestión del accidente de trabajo del extranjero en situación administrativa irregular en España si bien es cierto que, como dije antes, se trata de un supuesto en el que se da una suplantación de identidad por lo que tiene unas consideraciones específicas⁹⁶⁹; se acuerda denegar la prestación pero más que por su situación administrativa irregular en España, este fallo se produce por la suplantación de identidad del individuo, pero el voto del Desdentado Bonete justifica la imposibilidad de acceso a la misma, además, en el impedimento de aplicar al demandante el Convenio número 19 de la OIT por no existir ratificación

cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección”.

⁹⁶⁶ Alfonso Mellado, C. L. (2010). Protección frente al accidente de trabajo del extranjero sin autorización de residencia y trabajo. (A propósito de la sentencia del tribunal supremo de 21 de enero de 2010). *Revista De Derecho Social*, (50), 189-207.

⁹⁶⁷ Número de Recurso 106/2009.

⁹⁶⁸ Número de Recurso 800/2007.

⁹⁶⁹ Hay que recordar, además, que el inmigrante en cuestión procedía de un país que no había ratificado el Convenio de la OIT relativo a accidentes de trabajo. Convenio número 19, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la Igualdad de trato a los trabajadores extranjeros y a los nacionales en materia de reparación de accidentes del trabajo, ratificado el 22 de febrero de 1929

de su país⁹⁷⁰ sobre el mismo y, por tanto, al no poseer autorización administrativa para residir y trabajar en España, no tiene derecho a la protección de la prestación de nuestro sistema de Seguridad Social amparándose, además, en la nulidad del contrato establecida en el año 2005 por el Real Decreto 84/1996⁹⁷¹, si bien es cierto que existe el voto de otros seis Magistrados que dejan de lado la suplantación de identidad y, por tanto la nulidad del contrato, estableciendo que no se puede privar al extranjero en situación administrativa irregular en España del acceso a las prestaciones del sistema de Seguridad Social ya que, según STS de 15 de diciembre de 1998⁹⁷², Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, se obliga al empresario a cotizar a la Seguridad Social aun cuando el extranjero no esté en posesión de las autorizaciones pertinentes de residencia y trabajo⁹⁷³.

El fallo de la Sentencia fue claro, se desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina entendiendo el Tribunal Supremo que no existía derecho a la percepción de la prestación por accidente de trabajo⁹⁷⁴; eso sí, contando con el voto particular de Desdentado

⁹⁷⁰ Guinea Conakry.

⁹⁷¹ 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.

⁹⁷² Número de Recurso 2982/1994.

⁹⁷³ http://www.migrarconderechos.es/bibliografia//TS_y_la_proteccion_social_inmigrante_sin_papeles. Web del Ministerio de Trabajo e Inmigración (Consultado el 10 de febrero de 2017).

⁹⁷⁴ *“Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Ceferino contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de 3 de diciembre de 2.008, en el recurso de suplicación nº 1844/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 18 de enero de 2.008 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén, en los autos nº 386/07, seguidos a instancia de dicho recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA UNIVERSAL MUGENAT y Dª Tania, sobre invalidez permanente. Confirmamos la sentencia recurrida en todos sus pronunciamientos...”*

Bonete que comienza del siguiente modo “*Comparto plenamente el fallo de la sentencia y la apreciación del requisito de la contradicción, si bien me parece conveniente precisar que es irrelevante el dato relativo a que el actor en la sentencia recurrida procede de Guinea Conakry,...*”, por lo que, de un modo u otro el Tribunal Supremo entiende que no existe derecho a la prestación por accidente de trabajo a la que el demandante pretendía tener acceso con excepción de los seis votos particulares de Segoviano Astaburuaga, Salinas Molina, Gilolmo López, Agustí Julia, Viroles Piñol y Arastey Sahun que expresan su desacuerdo con el fallo adoptado⁹⁷⁵.

Ahora bien, independientemente de lo que he expuesto en las líneas anteriores, si un extranjero en situación administrativa irregular en España prestara sus servicios para un empleador, a tenor de lo establecido en el artículo 36.5 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se podría considerar la validación a estos efectos de su contrato de trabajo ya que el hecho de que se encontrase prestando sus servicios de manera ilegal en España tendría la consideración de alta de pleno derecho a tales efectos⁹⁷⁶ basándonos en el artículo 36.5⁹⁷⁷ de

⁹⁷⁵ Basándose en la siguiente justificación: “*La nulidad del contrato de trabajo por ocultamiento de los datos reales de su personalidad por parte del trabajador extranjero...no puede llevar a la conclusión de que desaparezca el principio de automaticidad de prestaciones en el supuesto de accidentes de trabajo, regla básica de nuestra legislación protectora...Comparto plenamente la apreciación del requisito de la contradicción entendiendo que es irrelevante, a dicho efecto, que en la sentencia recurrida La República de Guinea (capital Conakry),...no haya suscrito el Convenio nº 19 de la OIT porque nuestro ordenamiento reconoce la reciprocidad en materia de accidentes de trabajo y así se ha aplicado por la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 2003...*”.

⁹⁷⁶ Montoya Melgar, A. (2007). *El empleo ilegal de inmigrantes* (1ª edición). Página 135. Cizur Menor Navarra: Thomson-Civitas

la Ley 4/2000, de 11 de enero, ya que, tal y como defiende Montoya Melgar: *el accidente de trabajo no solo tiene que ver con la Seguridad Social, sino también con las condiciones de trabajo y, en particular, con las condiciones de seguridad y salud en el trabajo*⁹⁷⁸.

La STS de 21 de enero de 2010⁹⁷⁹ estableció que lo señalado en las Sentencias de 2003 no cabe extenderlo a los casos de suplantación de identidad del trabajador ya que se trata de dos supuestos de hecho totalmente diferentes entre sí, ya que se trata de un contrato nulo y la existencia previa del contrato es requisito indispensable para poder acceder al sistema de prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social y, por tanto, solo surtirá efectos en relación al derecho de la percepción de la retribución que establece el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores⁹⁸⁰.

Si el extranjero en situación administrativa irregular en España, efectivamente, está prestando sus servicios para un empleador y sufre un accidente de trabajo debería, en atención al principio de Igualdad, ser titular del derecho a la prestación por dicha contingencia.

⁹⁷⁷ “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.”

⁹⁷⁸ Montoya Melgar, A. (2007). *El empleo ilegal de inmigrantes* (1a edición). Página 137. Cizur Menor Navarra: Thomson-Civitas

⁹⁷⁹ Número de Recurso 106/2009.

⁹⁸⁰ Charro Baena, P. (2012). La doctrina unificada del tribunal supremo sobre los derechos laborales y de seguridad social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (347), 119-146.

En resumen la STS de 21 de enero de 2010⁹⁸¹, en la Sala 4ª de lo Social, no niega que el extranjero en situación administrativa irregular en España que haya sido contratado por un empresario a sabiendas de su situación administrativa tenga derecho a las prestaciones por accidente de trabajo pero sí las niega en el caso de que se haya producido un engaño hacia el empresario en cuanto a la persona del extranjero se refiere siempre y cuando el accidente de trabajo no haya sido culpa o negligencia del empleador⁹⁸².

2.3.4 La asistencia sanitaria y los extranjeros en situación irregular en España.

Se puede definir la asistencia sanitaria como la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos destinados a proteger la salud de los beneficiarios del sistema. La asistencia sanitaria se encuentra fuera de la regulación del TRLGSS pero debe ser abordada en este estudio pues forma parte del sistema de protección social y se vincula, en general, al concepto de Seguridad Social.

Uno de los aspectos más importantes en la protección social, sin duda, es el derecho a la asistencia sanitaria. Nuestro sistema se basa en

⁹⁸¹ Número de Recurso 106/2009.

⁹⁸² Alfonso Mellado, C. L. (2010). Protección frente al accidente de trabajo del extranjero sin autorización de residencia y trabajo. (A propósito de la sentencia del tribunal supremo de 21 de enero de 2010). *Revista De Derecho Social*, (50), 189-207.

conceder el acceso de todas las personas⁹⁸³ a la asistencia sanitaria, esto es, *la garantía de la universalización efectiva de la tutela, al margen de cuál sea su concreta situación socio-económica (equidad) y zona del territorio en que se encuentre (Igualdad)*⁹⁸⁴. La normativa vigente prevé que para tener acceso a la asistencia sanitaria con cargo al sistema nacional de Seguridad Social es exigible, por un lado, tener la condición de ciudadano o persona (independientemente de ser nacional o extranjero) y, además, acreditar la condición de asegurado con lo que se refuerza la idea de que el sistema de salud y el sistema de Seguridad Social están íntimamente ligados entre sí⁹⁸⁵.

Para tener acceso a la asistencia sanitaria con cargo al sistema nacional de Seguridad Social es exigible, por un lado, tener la condición de ciudadano o persona (independientemente de ser nacional o extranjero) y, además, acreditar la condición de asegurado (o beneficiario), con lo que se refuerza la idea de que el sistema de salud y el sistema de Seguridad Social están íntimamente ligados entre sí⁹⁸⁶; gracias a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad se había conseguido acercar nuestro sistema a un nivel de Universalización mayor pero con la aprobación del RD 16/2012 veremos en líneas

⁹⁸³ *Todas las personas* ya no hace referencia únicamente a ciudadanos o residentes sino a todos sin distinción alguna consiguiendo así, de algún modo, la universalización total y real de parte de nuestro sistema de Seguridad Social.

⁹⁸⁴ Monereo Pérez, J.L. (coord.), Almendros González, M.A., *Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico: Actualizado con las novedades introducidas por la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social* (2008). Página 368. Granada: Comares.

⁹⁸⁵ Delgado Del Rincón, L.E. (enero-marzo (2014)). El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 163, 189-191.

⁹⁸⁶ *Ibid.* Página 189-191.

posteriores como dicha Universalidad del sistema se ve, de nuevo, mermada ya que deja fuera a *determinados* colectivos, entre ellos, por ejemplo, los extranjeros en situación administrativa irregular o a los mayores de 26 años que nunca hayan tenido un empleo por lo que, nuevamente, retrocedemos a un sistema en el que la asistencia sanitaria se encuentra vinculada ya no solo a la condición de persona o ciudadano sino que también a las cotizaciones realizados por los trabajadores ya que únicamente estos y sus beneficiarios podrán acceder de manera completa a las prestaciones sanitarias de nuestro sistema de Seguridad Social⁹⁸⁷.

Es necesario saber si dentro de esos derechos de la persona proclamados en la Constitución Española y en los grandes textos internacionales está incluida la asistencia sanitaria lo que nos haría entender que no debería existir distinción entre nacionales, extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular aunque, bien es cierto, que esto, como he señalado anteriormente, se haría complicado para el Estado de lo que se desprende que *únicamente los derechos vinculados directamente a la dignidad de la persona serían los verdaderamente universales, comunes a todos sin distinción*⁹⁸⁸; para cualquier ciudadano, hoy en día, se considera que la asistencia sanitaria es un auténtico *Derecho Social Fundamental* al margen de la configuración técnica o formal que cada Estado de al mismo en sus

⁹⁸⁷Delgado Del Rincón, L.E. (enero-marzo (2014)). El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 163, 189-191.

⁹⁸⁸Montoya Melgar, A. (2007). *El empleo ilegal de inmigrantes* (1a edición). Página 44. Cizur Menor Navarra: Thomson-Civitas.

Constituciones para, así, poder asegurar la dimensión solidaria sobre la que se construye el sistema en los países avanzados⁹⁸⁹.

Al respecto se debe analizar el artículo 43⁹⁹⁰ de la Constitución Española en el que se recoge la regulación del derecho a la protección de la salud; en este sentido y en relación al artículo 53⁹⁹¹ de la misma debemos recordar que los derechos contenidos en el Capítulo III de la Constitución Española no son considerados Derechos Fundamentales⁹⁹² (en nuestra Constitución vienen recogidos y regulados en el Capítulo II del Título I), por lo que, lógicamente, por su posición dentro de la Constitución Española la protección a la salud, recordemos que se encuentra en el Capítulo III, no está regulada como Derecho Fundamental y, además, el legislador será quién deba construir su *configuración jurídica* y que, por tanto, los sujetos

⁹⁸⁹ Monereo Pérez, J.L. (coord.), Almendros González, M.A., *Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico: Actualizado con las novedades introducidas por la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social* (2008). Página 368. Granada: Comares.

⁹⁹⁰ "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud; 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto; 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio». Este artículo se encuentra dentro del Capítulo III del Título Primero de la CE"

⁹⁹¹ "1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los Principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los Principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen."

⁹⁹² Bastida Freijedo, F. J. (2009). ¿Son los derechos sociales Derechos Fundamentales? *Derechos sociales y ponderación* (1ª edición) Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 103-150.

solamente podrán acceder a ellos en *los términos dispuestos en la ley*⁹⁹³. Es cierto que hay parte de la doctrina que considera que el Capítulo III del Título I de la Constitución Española también es origen de ciertos Derechos Fundamentales pero, claramente, no era lo que el constituyente pretendía en su día porque, obviamente, hubiera ubicado dichos derechos en el Capítulo II, por lo que la protección a la salud se encuentra protegida en nuestra Constitución Española pero no como Derecho Fundamental, aunque sí que de esta protección dependen ciertos derechos constitucionales protegidos como Derechos Fundamentales, como es el caso del derecho a la vida o el derecho a la integridad física⁹⁹⁴; de hecho, el Tribunal Constitucional se ha referido a la relación entre estos Derechos Fundamentales y el derecho a la salud del artículo 43 en diferentes Sentencias, por ejemplo, en SSTC 35/1196, de 11 de marzo, 119/2001, de 24 de mayo o 5/2002, de 14 de enero, en las que quedó establecido por el Tribunal Constitucional que se vulneraría el artículo 15 de la Constitución Española en caso de que no se diese atención sanitaria en los casos de riesgos para la salud que entrañasen un peligro grave y cierto para la integridad⁹⁹⁵.

⁹⁹³ De acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de la Constitución Española.

⁹⁹⁴ Artículo 15 de la Constitución Española: "*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*"

⁹⁹⁵ Sangüesa Ruíz, N. (2015). El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: Sobre la legitimidad constitucional del RD-ley 16/2012. *Revista Electrónica Del Departamento De Derecho De La Universidad De La Rioja. REDUR.*, (13), 233-248.

En relación al artículo 13.1⁹⁹⁶ de la Constitución Española la jurisprudencia Constitucional ha establecido, claramente, que todos los extranjeros gozan, en España, de todos los derechos y libertades del Título I de la Constitución Española; por ejemplo, y en relación al tema que me ocupa, en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2000, de 10 de abril, hace referencia a la relación existente entre los Derechos Fundamentales y el artículo 43 de la Constitución Española. Para establecer en qué categoría se encuentra cada derecho en concreto el Tribunal Constitucional establece unos criterios en función de su vinculación con la dignidad humana y, de este modo, en la primera categoría se verían inmersos aquellos que son imprescindible para el disfrute de la misma; el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la vida y el derecho a la integridad física que se regulan por el artículo 15⁹⁹⁷ de la Constitución Española pertenecen, por tanto, a esta primera categoría por lo todos los extranjeros que han de disfrutar de ellos en las mismas condiciones en las que lo hacen los nacionales; ahora bien, en lo que al derecho a la salud se refiere, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, ha establecido que el derecho a la salud se encuentra entre los derechos de la tercera categoría, es decir, aquellos derechos en los que el legislador puede *establecer restricciones y limitaciones* siempre

⁹⁹⁶ “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”

⁹⁹⁷ “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

y cuando no supongan un peligro para la dignidad humana y siempre en función de lo establecido en la Constitución y los Tratados Internacionales⁹⁹⁸.

El derecho a la salud no goza directamente de protección constitucional reconocida en un artículo específico de nuestro texto constitucional sino que se desprende de lo directamente regulado en el artículo 43 de la misma en el que podemos sustentar, por un lado, el derecho a la salud y su función universal, por otro la obligación de los poderes públicos de garantizarlo y protegerlo y, por último, la educación en lo que a salud se refiere; además, el derecho a la salud viene desarrollado por diferentes normas como son: la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema Nacional de Salud y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. A tenor de esto podemos decir que se está diferenciando constitucionalmente la vertiente individual y la vertiente colectiva del derecho a la salud: su vertiente individual entendiéndola como el derecho de *todas las personas* y, su vertiente colectiva entendiéndola como la tutela de la misma que deben llevar a cabo los poderes públicos⁹⁹⁹.

⁹⁹⁸ Sangüesa Ruíz, N. (2015). El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: Sobre la legitimidad constitucional del RD-ley 16/2012. *Revista Electrónica Del Departamento De Derecho De La Universidad De La Rioja. REDUR.*, (13), 233-248.

⁹⁹⁹ Aparicio Tovar, J. (2002). El derecho a la protección de la salud. el derecho a la asistencia sanitaria. *Comentario a la constitución socio-económica de España* (1ª edición pp. 1553-1566) Comares.

Cierto es que el artículo 41¹⁰⁰⁰ de la Constitución Española reduce la aplicación a la ciudadanía española mientras que el artículo 43¹⁰⁰¹ de la misma sólo requiere como título el ser persona, es decir, reconocer a todos el derecho fijando aún más la universalidad del mismo, prescindiendo de cualquier adjetivación por lo que la opción más lógica y que debe ser aplicable por el legislador es atribuir el derecho a todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12¹⁰⁰² de la LO 4/2000¹⁰⁰³, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea¹⁰⁰⁴.

Haciendo mención de nuevo a nuestro sistema de Seguridad Social se debe recordar que éste está compuesto por dos niveles: el nivel contributivo y el nivel no contributivo¹⁰⁰⁵; si nos basamos, en principio, en el nivel contributivo del sistema de Seguridad Social y cómo afecta y se aplica éste a los extranjeros en situación irregular en España, el

¹⁰⁰⁰ "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres."

¹⁰⁰¹ "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio."

¹⁰⁰² "Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria."

¹⁰⁰³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹⁰⁰⁴ Monereo Pérez, J.L. (coord.), Almendros González, M.A., *Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico: Actualizado con las novedades introducidas por la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social* (2008). Página 393. Granada: Comares.

¹⁰⁰⁵ Estudiado en el epígrafe 2.2 del Capítulo II del presente estudio.

artículo 7.1¹⁰⁰⁶ del TRLGSS es muy claro en cuanto al campo de aplicación de la ley y, como ya apunté en la introducción, limita el acceso a los españoles y a los extranjeros que se encuentren en situación regular en España. Como ya he mencionado en otras ocasiones, debo destacar que se halla en correspondencia con lo establecido en el artículo 6.1¹⁰⁰⁷ del Convenio número 97¹⁰⁰⁸ de la OIT en el que se menciona el trato igualitario para los extranjeros en situación regular en un Estado, pero que no menciona a los extranjeros en situación irregular, lo que es coherente ya que para acceder al nivel contributivo de las prestaciones se hace necesario estar afiliado a la Seguridad Social, en situación de alta¹⁰⁰⁹ (o asimilada, o haberlo estado en un determinado espacio de tiempo), y que se cumpla con el periodo de cotización exigido para cada caso¹⁰¹⁰.

A diferencia de los dos supuestos tratados en los epígrafes anteriores el derecho a la asistencia sanitaria no ha sufrido tantos cambios legislativos ni interpretaciones contradictorias sino que, más bien, ha seguido constantemente una línea similar; siempre se ha tenido en

¹⁰⁰⁶“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, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional...”

¹⁰⁰⁷“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 las materias siguientes:...”

¹⁰⁰⁸C097 - Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97). *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).*

¹⁰⁰⁹Torres Andrés, J. M., España. (2005). *La situación de los extranjeros en relación con el orden social*. Página 74. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.

¹⁰¹⁰ Artículos 15 y ss. del 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.

cuenta la entrada de la persona extranjera como un tema de salud importante ya que podría suponer la aparición de enfermedades erradicadas en nuestro país, lo que no hace más que resaltar que más que, pensar en Universalidad real del sistema y la garantía de la vida y la integridad física de las personas extranjeras, el legislador estaba pensando en la protección de los nacionales frente a ellas; de hecho, nada se decía al respecto de la salud de los extranjeros en situación administrativa irregular en España en el primer texto legal dedicado a la extranjería, La Ley 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España¹⁰¹¹ pero por estar comprendido el derecho en cuestión en el Título I de la Constitución se interpretaba que los extranjeros en situación administrativa irregular en España tenían derecho a la misma dado el carácter universal del derecho. Tras la aprobación de la Ley 14/1986, General de Sanidad, se reconoció en el artículo 1.2¹⁰¹² de la misma el derecho de los extranjeros en situación administrativa irregular en España el derecho a la asistencia sanitaria pero tras la aprobación del RD 155/1986, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, la realidad cambió y nuestro ordenamiento se volvió más restrictivo de modo que los únicos extranjeros que tenían derecho a la asistencia sanitaria eran los que se encontraban en nuestro país en situación administrativa regular. Con la aprobación de la nueva Ley de

¹⁰¹¹ Vigente hasta el 1 de febrero de 2000.

¹⁰¹² "Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional".

Extranjería, la Ley 4/2000, de 11 de enero, se concreta la delimitación del acceso a la asistencia sanitaria, de nuevo, a los extranjeros en situación administrativa legal en España.

La LO 2/2009, de 11 de diciembre¹⁰¹³, modificó la redacción del artículo 12.1¹⁰¹⁴ de la LO 4/2000, de 11 de enero¹⁰¹⁵, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁰¹⁶. A partir de ese momento establece el derecho a la asistencia sanitaria en idénticas condiciones a las de los españoles a aquellos extranjeros que se encontrasen en España independientemente de su situación administrativa con la condición de que se hallaran inscritos en el Padrón municipal del lugar en el que tuviesen su domicilio habitual¹⁰¹⁷. Es cierto que el criterio de empadronamiento municipal permitía el acceso a la sanidad a muchos inmigrantes en situación administrativa irregular pero facilitaba la expulsión de muchos de ellos a través del acceso a dicho Padrón municipal por parte de la policía¹⁰¹⁸.

El cambio definitivo se produce con el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del

¹⁰¹³ 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.

¹⁰¹⁴ “Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria.”

¹⁰¹⁵ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹⁰¹⁶ Más tarde volvería a modificarse por la disposición final tercera del R.D.-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones que entró en vigor el 24 de abril de 2012.

¹⁰¹⁷ El criterio que se utilizaba para atribuir el derecho a la protección de la salud a los extranjeros era el de la residencia efectiva en un municipio

¹⁰¹⁸ Delgado Del Rincón, L.E. (enero-marzo (2014)). El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 163, 189-191.

Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones que modifica, de nuevo, en su Disposición final tercera, el art. 12.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, quedando redactado de la siguiente manera: *“Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”* y ello nos remite al artículo 1.2¹⁰¹⁹ de la Ley 14/1986, de 25 de abril¹⁰²⁰ y al artículo 3¹⁰²¹ de la Ley 16/2003, de 28 de mayo¹⁰²².

Antes de la aprobación del Real Decreto Ley 16/2012¹⁰²³, todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa, gozaban de derecho de acceso a la prestación sanitaria, pero el citado Real Decreto Ley realiza ciertos cambios en la regulación legal obteniendo como resultado la denegación de acceso al sistema de sanidad a los extranjeros en situación administrativa irregular en

¹⁰¹⁹“Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional. Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional.”

¹⁰²⁰ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

¹⁰²¹ 3.1“La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado”. 3.2 “A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta. b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social. c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo. d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España. A los solos efectos de lo dispuesto en este artículo, la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, por un periodo inferior a seis meses, cuando no se acceda a nueva prestación o subsidio por desempleo, no impedirá recuperar la condición de parado que agotó la prestación o el subsidio por desempleo.”

¹⁰²² Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

¹⁰²³ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

España¹⁰²⁴. En esta nueva norma se introduce *la figura del asegurado* estableciendo, desde ese momento, que la asistencia sanitaria se garantizará a las personas que tengan tal condición y así lo expone en el artículo 3¹⁰²⁵ de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, según la nueva redacción del Real Decreto Ley 16/2012, excepto para los casos de embarazadas (para asistencia al embarazo, parto y postparto), menores de 18 años o urgencia por enfermedad grave o accidente. Todas estas previsiones se regularon a través del Real Decreto 1192/2012¹⁰²⁶, de 3 de agosto, que desarrolló reglamentaciones específicas para los supuestos especiales de asistencia sanitaria; esta nueva regulación, que priva del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular en España (excepto para los supuestos ya mencionados), dado el tratamiento que se le

¹⁰²⁴ Ya que se produce un cambio en la redacción del artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo a través del artículo 1 del Real Decreto Ley de 2012 y del artículo 12 de la Ley Orgánica de Extranjería a través de la disposición final tercera del mismo Real Decreto Ley.

¹⁰²⁵ «1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado. 2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta. b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social. c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo. d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España. A los solos efectos de lo dispuesto en este artículo, la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, por un periodo inferior a seis meses, cuando no se acceda a nueva prestación o subsidio por desempleo, no impedirá recuperar la condición de parado que agotó la prestación o el subsidio por desempleo. 3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente.»

¹⁰²⁶ Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

otorga a través del Real Decreto Ley 16/2012, ha sido objeto de varios recursos de inconstitucionalidad intentando desvirtuar la regulación que se realiza sobre los extranjeros en situación administrativa irregular en España rechazando la disposición, obviamente, en aplicación de la legitimidad de la *medida*, en relación a la protección de los Derechos Humanos, desde el punto de vista competencial, o desde *su ajuste al sistema constitucional de Derechos Fundamentales y capacidad para cumplir los objetivos pretendidos*¹⁰²⁷.

En el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto¹⁰²⁸, que se publica en desarrollo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril¹⁰²⁹, y por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se concretan y extienden las personas que pueden disfrutar la condición de asegurado ampliando lo establecido en el artículo 3.2¹⁰³⁰ de la Ley 16/2003, de 28 de mayo,

¹⁰²⁷ Sangüesa Ruiz, N. (2015). El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: Sobre la legitimidad constitucional del RD-ley 16/2012. *Revista Electrónica Del Departamento De Derecho De La Universidad De La Rioja. REDUR.*, (13), 233-248.

¹⁰²⁸ Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

¹⁰²⁹ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

¹⁰³⁰ "2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta. b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social. c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo. d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España. A los solos efectos de lo dispuesto en este artículo, la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, por un período inferior a seis meses, cuando no se acceda a nueva prestación o subsidio por desempleo, no

incluyendo a aquellos que no tengan ingresos superiores, en cómputo anual, a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, pero estableciendo ciertos requisitos legales por lo que se hace necesario que:

- a) Tengan nacionalidad española y residan en territorio español.
- b) Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estén inscritos en el Registro Central de Extranjeros.
- c) Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica.

En relación al Real Decreto Ley 16/2012 se pronunció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 139/2016, de 21 de julio, establece que en lo que se refería a los extranjeros en situación administrativa irregular y su acceso al sistema de Salud pública y diferencia entre la Universalidad del sistema y la apertura del mismo a todos los sujetos, así como el carácter gratuito de la asistencia sanitaria, de modo que

impedirá recuperar la condición de parado que agotó la prestación o el subsidio por desempleo.”

establece que debe estar garantizada para los asegurados y sus beneficiarios y existe posibilidad de aplicación de la gratuidad para aquellos sujetos cuyos países tengan suscritos convenios especiales con España dada la configuración legal del sistema a tenor del artículo 43¹⁰³¹ de la Constitución Española.

A mi parecer, la exclusión más alarmante es la relativa a los extranjeros en situación administrativa irregular en nuestro país (recordemos que esta exclusión es parcial ya que, como dije en párrafos anteriores, sí que cubre a ciertos colectivos), lo que no hace más que mermar en la operatividad de la Universalidad del sistema pero que el Tribunal Supremo considera, acorde con la Constitución dada la configuración legal de la protección del derecho a la salud realizada por la Constitución y, por tanto, ve justificado el trato desigual entre españoles y extranjeros, postura que ya adelantó en el Fundamento Jurídico número 4 el Tribunal Constitucional en su STC 236/2007 que establecía que *“El legislador goza...de mayor libertad al regular los derechos de los que serán titulares los extranjeros en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y las Leyes..., o dicho de otro modo, de aquellos derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales aunque no sea necesariamente en idénticos términos que a los españoles. El artículo*

¹⁰³¹ “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.”

13.1¹⁰³² de la CE no dice, en efecto, que los extranjeros dispongas de los mismos derechos que los españoles, siendo precisamente este precepto el que en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los Derechos Fundamentales...el legislador puede modular las condiciones de ejercicio en función la na nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros...De nuestra jurisprudencia se deduce que (estos derechos serían), el derecho al trabajo¹⁰³³, el derecho a la salud¹⁰³⁴, el derecho a percibir una prestación por desempleo¹⁰³⁵...”.

En lo que se refiere a la reforma que impedía el acceso a la sanidad pública a los extranjeros en situación administrativa irregular en España encontramos varias posturas ofrecidas por la doctrina científica¹⁰³⁶:

1. Aquellos autores que consideran que tal exigencia legal no vulnera la Constitución Española en base a ciertos

¹⁰³² “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”

¹⁰³³ STC 107/1984, de 23 de noviembre.

¹⁰³⁴ STC 95/2000, de 10 de abril.

¹⁰³⁵ STC 130/1995, de 11 de septiembre.

¹⁰³⁶ Entre otros, Sangüesa Ruíz, N. (2015). El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: Sobre la legitimidad constitucional del RD-ley 16/2012. *Revista Electrónica Del Departamento De Derecho De La Universidad De La Rioja. REDUR.*, (13), 233-248. Delgado del Rincón, L. E. (2013). Globalización y extranjería. *Constitución y globalización: Transformaciones del estado constitucional* (1ª edición, pp. 201-246) Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. Aguado i Cudolà, V. (2014). Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: La crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar. *Revista Vasca De Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, (99), 87-110.

argumentos que se encuentran en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

2. Los que si ven inconstitucionalidad en la exigencia legal.
3. Los que consideran que debe ser sometida a juicios de análisis que determinen la legitimidad o ilegitimidad de la norma (las utilizadas en el *enjuiciamiento de normas que afectan a los Derechos Fundamentales*). En este sentido muchos autores opinan que no superaría dicho análisis.

Para que los extranjeros puedan recibir asistencia sanitaria gratuita y pública englobada dentro de nuestro sistema de Seguridad Social deben ser residentes y tener la condición de asegurado, pero aquellos que se encuentren en situación administrativa irregular no pueden acceder en las mismas condiciones que un nacional excepto si se trata de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica y en los casos de asistencia al embarazo, parto y postparto, ahora bien, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles¹⁰³⁷.

¹⁰³⁷Delgado Del Rincón, L.E. (enero-marzo (2014)). El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 163, 194-198.

Se debe recordar que nuestro sistema de Seguridad Social se basa en un importante principio: el principio de solidaridad¹⁰³⁸ que, es sin duda, el que ayuda a sustentar el sistema. Los extranjeros que se encuentren en situación administrativa irregular en España van a tener derecho a los que se denominan prestaciones sociales básicas¹⁰³⁹; podemos encontrar, por ejemplo, la asistencia sanitaria de todos los extranjeros que cumplan unos requisitos establecidos¹⁰⁴⁰ y a la asistencia pública de urgencia, hasta el alta médica, por enfermedades graves o accidentes independientemente de la causa¹⁰⁴¹ y, por supuesto, a los servicios y asistencia social¹⁰⁴².

Centrándonos únicamente en el acceso a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular en España, se debe recordar que el artículo 13.1¹⁰⁴³ de la Constitución Española hace ya un reconocimiento formal del principio de Igualdad relativa entre extranjeros y españoles y haciendo una distinción legal entre diferentes estatutos de

¹⁰³⁸ En el caso del nivel contributivo a través de las cotizaciones de la población activa y en el caso del nivel no contributivo a través de impuestos que deben satisfacer tanto las personas físicas como las jurídicas. En el caso del nivel no contributivo es base del Estado Social de Derecho ya que es un proceso de solidaridad más amplio que el que aparece en el nivel contributivo ya que es obligación de toda la sociedad (ya no únicamente de la población activa), para, así, poder satisfacer las necesidades de aquellos que no cumplan los requisitos para poder acceder al nivel contributivo por la razón que sea.

¹⁰³⁹ Entre las que, obviamente, se encuentra la asistencia sanitaria.

¹⁰⁴⁰ Para los menores de 18 años en cualquier caso (obviamente es necesario que se preste mayor atención a los menores dada su indefensión), embarazadas durante el embarazo, el parto y el postparto y aquellos que se encuentren en régimen de internamiento.

¹⁰⁴¹ Torres Andrés, J. M., España. (2005). *La situación de los extranjeros en relación con el orden social*. Página 106. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.

¹⁰⁴² Todos estos englobarían lo que se conoce como prestaciones sociales básicas.

¹⁰⁴³ "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

ciudadanía¹⁰⁴⁴ y, por tanto, la propia Constitución Española estaría permitiendo una cierta desigualdad a la hora de ejercitar determinados derechos y libertades dependiendo si estamos ante un extranjero o un nacional¹⁰⁴⁵.

El derecho a la Salud del artículo 43 de la Constitución Española está entre los englobados en la categoría de plenitud de derechos y estos es así porque: *se basa en la vinculación que el mismo presenta con la dignidad de la persona humana y de los derechos inviolables que le son inherentes (artículo 10.1 Constitución Española), dignidad de la cual es una consecuencia, primera y principal, el derecho a la vida y a la integridad física y moral*¹⁰⁴⁶, según la idea de Fernández Bernat, idea que comparto en parte ya que a mi entender es el derecho a la dignidad el que es consecuencia directa del derecho a la vida y a la integridad física y moral.

Se debe recordar que, tal y como se trató en el primer capítulo de este estudio, el derecho a la vida y a la integridad de la persona y, por tanto, el derecho a la protección de la salud viene regulado y protegido por parte del Derecho Humanitario Internacional en instrumentos tales como el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Parte I, 11 de la Carta Social

¹⁰⁴⁴ Monereo Pérez J.L. y Molina Navarrete, C., “Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes”. *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Página 211-223. Año 2002.

¹⁰⁴⁵ De Val Tena, A.L., (2002). El derecho de los extranjeros a la protección de la salud. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 109, p. 45.

¹⁰⁴⁶ Fernández Bernat, J. A. (2013). Asistencia sanitaria e inmigración irregular. *Revista de treball, economia i societat*, número 67, 1-16.

Europea; todos estos instrumentos le dan la importancia suficiente al derecho a la salud para que nuestro ordenamiento jurídico no ignore sus mandatos y equipare el derecho a la salud entre nacionales y extranjeros (independientemente de la situación administrativa en la que se encuentren), y por tanto exigen la Universalidad¹⁰⁴⁷ en todo lo referente a la protección de la vida y debe recordar que, indiscutiblemente, la protección de la salud está íntimamente ligada a dicho derecho y se hace absolutamente necesaria para garantizar, en muchas ocasiones, el derecho a la vida de la persona¹⁰⁴⁸.

Es cierto que el derecho a la protección de la salud se encuentra en el artículo 43¹⁰⁴⁹ de la Constitución Española, es decir, dentro de los principios rectores de la política social y económica y esto quiere decir que los poderes públicos tienen libertad para configurar legalmente y, por tanto, desarrollar el derecho de modo que no se dé un Igualdad total en aplicación del mismo en base, por ejemplo, a razones de orden económico; es decir, el propio Estado puede alegar que no se encuentra en condiciones económicas o financieras que posibiliten la universalización del sistema de Seguridad Social y, por tanto, de la asistencia sanitaria, ahora bien, deberíamos intentar guardar

¹⁰⁴⁷ Molina Navarrete, C., Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M.N. (2003). *Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los Derechos Fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma" pactada". Lan harremanak*, 1(8), 99-144.

¹⁰⁴⁸ Fernández Bernat, J. A. (2013). Asistencia sanitaria e inmigración irregular. *Revista de treball, economia i societat*, número 67, 1-16.

¹⁰⁴⁹ "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio."

coherencia con los mandatos exigidos por los Tratados y Convenios Internacionales vinculantes¹⁰⁵⁰.

El derecho a la protección de la salud desde la perspectiva de la titularidad del mismo, responde a un principio de máxima amplitud en la configuración de su ámbito subjetivo...ello supone interpretar dicho derecho desde una concepción amplia, de modo que estaríamos ante un derecho que lejos de quedar reservado a los nacionales de un país, debe hacerse extensible no sólo a los ciudadanos en general, sino que es inherente a la condición de persona...la universalización de este derecho ha sido la línea de tendencia seguida y plasmada en los textos normativos¹⁰⁵¹.

Dadas todas estas consideraciones anteriores, el legislador amplía el derecho a la asistencia sanitaria de tal modo que, efectivamente, se convierte en un derecho universal para aquellos extranjeros que se encuentren en situación regular en España por lo que, para ellos, sí que conseguimos hablar de una Universalidad total y no relativa del sistema; es decir, los extranjeros en situación regular tienen los mismos derechos que cualquier nacional, dicho de otro modo, los extranjeros en situación regular tendrán derecho a la asistencia sanitaria plena amparándose en la protección del derecho a la vida y a la salud que nuestro ordenamiento jurídico debe consagrar, a tenor de

¹⁰⁵⁰ Martínez Abascal, V. A. (2008). Seguridad Social e inmigración: la ardua forja de una ciudadanía social plena. In *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación* (pp. 367-391). Comares.

¹⁰⁵¹ Fernández Bernat, J. A. (2013). Asistencia sanitaria e inmigración irregular. *Revista de treball, economia i societat*, número 67, 1-16.

lo establecido en los mandatos internacionales y europeos, que se han hecho al respecto y que España ha ratificado¹⁰⁵².

Tras la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, se modificaron algunos aspectos de la asistencia sanitaria de los extranjeros de modo que para hacerlo de modo idéntico a un nacional deberán demostrar que son residentes en España¹⁰⁵³, por lo que aquellos que no posean esta condición de residentes solo podrán acceder a ella¹⁰⁵⁴ en los casos de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta recibir el alta médica, durante el embarazo, parto y postparto y los menores de 18 años¹⁰⁵⁵, por lo que en el caso de los extranjeros en situación irregular no cumplimos con el criterio de Universalidad.

Se puede decir que el legislador ha establecido tres sistemas de cobertura para los extranjeros en situación administrativa irregular en España: *“los dos primeros se vinculan a la existencia de ciertas condiciones personales de los inmigrantes: en concreto, las referidas a la edad y a la situación biológica de la mujer”*¹⁰⁵⁶; si bien hay que

¹⁰⁵² Fernández Bernat, J. A. (2013). Asistencia sanitaria e inmigración irregular. *Revista de treball, economia i societat*, número 67, 1-16.

¹⁰⁵³ Lo que supone que deberán tener en vigor la autorización de residencia expedida por las autoridades españolas.

¹⁰⁵⁴ A partir del 1 de septiembre de 2012, fecha en la que entra en vigor el requisito de residencia previa para obtener la condición de asegurado.

¹⁰⁵⁵ Según lo establecido en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

¹⁰⁵⁶ Fernández Bernat, J. A. (2013). Asistencia sanitaria e inmigración irregular. *Revista de treball, economia i societat*, número 67, 1-16.2.

destacar que la universalización del derecho a la asistencia sanitaria sí que se produce de un modo real y total en el caso de los menores de 18 años, independientemente de su situación administrativa, de tal modo que gozan de una asistencia total y no únicamente ligada a los casos de urgencia o accidente como es el caso de los mayores de edad y esto se produce como mecanismo de defensa de los derechos de los menores, al igual que ocurre, como tercer supuesto, con el derecho a la asistencia de las mujeres embarazadas.

Teniendo en cuenta únicamente estos supuestos legales vemos que, realmente, se da una protección total a la salud reflejada en la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular en España, ahora bien, ello sólo en las situaciones especiales que gozan de una protección más intensa dadas las características específicas de las que disfrutaban los sujetos de los que se trata; el vacío se produce cuando hablamos de extranjeros en situación administrativa irregular que no se encuentran encuadrados en ninguno de los supuestos anteriores.

Como ya he mencionado, actualmente, es necesario estar en posesión del requisito de residencia legal para poder acceder a la asistencia sanitaria, por lo que aquellos que no ostentan dicha residencia deberán acudir a la vía prevista del artículo 3.5¹⁰⁵⁷ de la Ley 16/2003, *ya sea mediante el pago de la contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un Convenio especial o, como es lógico, utilizar los*

¹⁰⁵⁷ “Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un Convenio especial.”

*servicios de urgencias cuando se dé una enfermedad grave o un accidente*¹⁰⁵⁸. Lo que ocurre es que, de nuevo, nos alejamos de la universalización del sistema ya que estamos excluyendo del mismo a un gran número de inmigrantes que no tienen derecho, por tanto, a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que un nacional o que un extranjero en situación administrativa regular en España. De nuevo estamos alejándonos del cumplimiento de los mandatos internacionales y europeos y no estamos ante una Universalidad real sino relativa del sistema; de hecho no tendrán derecho de acceso a la sanidad pública:

- 1) Los extranjeros que se encuentran en situación irregular en la actualidad y no están empadronados.
- 2) Los extranjeros que cuentan con tarjeta sanitaria por estar empadronados pero carecen de permiso de residencia.
- 3) Los extranjeros que cuentan con tarjeta sanitaria pero que les sea denegada la segunda tarjeta de residencia por haber agotado las prestaciones por desempleo y encontrarse en paro de larga duración (caso de irregularidad sobrevenida).

¹⁰⁵⁸ Fernández Bernat, J. A. (2013). Asistencia sanitaria e inmigración irregular. *Revista de treball, economia i societat*, número 67, 1-16.

- 4) Los extranjeros que verán denegada su tarjeta sanitaria en el momento que sea denegada la de su cónyuge del que dependía aquella.

La denegación del acceso por el mecanismo de asistencia sanitaria universal va a conllevar que los extranjeros en situación irregular que no puedan permitirse el pago del servicio de asistencia sanitaria, no puedan acceder al mismo hasta que no se encuentren en situación de gravedad, lo que va a suponer que se ponga en peligro la vida de dichas personas, por un lado, y que, además, se puedan propagar al resto de la población enfermedades que podrían controlarse.

En conclusión, no existe Universalidad real del sistema; de hecho, parece que se han olvidado, por parte del legislador, las exigencias del artículo 43.1 de la Constitución Española que, en ningún momento, vincula el derecho a la protección de la salud a la nacionalidad o residencia sino que, tal y como enuncia el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁰⁵⁹, esta protección es un derecho de la persona; prevé tal precepto establece que *“toda persona...”* tiene derecho a la asistencia sanitaria; *con ello se trata de recordar que si hay un derecho que expresa con mayor nitidez las*

¹⁰⁵⁹ Sobrino Guijarro, I. (2013). Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 3(2), 127-158.

*aspiraciones de Universalidad subjetiva, ese es sin duda el derecho a la asistencia sanitaria*¹⁰⁶⁰.

Se hace necesario de nuevo recalcar que la medida impuesta por el artículo 3.5 de la Ley 16/2003 es totalmente incoherente e inservible para la mayoría de los extranjeros en situación irregular en España¹⁰⁶¹ ya que, sin lugar a dudas, se encuentran aquí para mejorar sus vida, huyendo de catástrofes, masacres, hambrunas, (...), y, por tanto, son personas que no van a poder permitirse el pago de la cuantía de la asistencia sanitaria, lo que va a suponer una total desatención de este colectivo de extranjeros en situación irregular en España; al respecto de este tema se puede citar el Auto de 13 de diciembre de 2012 del Tribunal Constitucional que establece que la asistencia sanitaria a determinados colectivos “...repercutirá no solo en su estado de salud individual sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando seriamente a la salud de toda la sociedad”.

La situación de regular o irregular no va a afectar al extranjero en lo que a prestaciones sociales básicas se refiere y entre las que se encuentran, entre otras, la asistencia pública de urgencia hasta el alta médica que venga derivada a causa de enfermedades graves o accidentes independientemente de la causa de la misma, la asistencia

¹⁰⁶⁰ Fernández Bernat, J. A. (2013). Asistencia sanitaria e inmigración irregular. *Revista de treball, economia i societat*, número 67, 1-16.

¹⁰⁶¹ Fuentes, F. J. M. (2013). *Políticas sanitarias en perspectiva comparada. Descentralización, mercados y nuevas formas de gestión en el ámbito sanitario*. Los Estados de Bienestar en la encrucijada.

sanitaria¹⁰⁶² para todos los menores de 18 años, para aquellos que se encuentren en centros de internamientos y para las mujeres embarazadas¹⁰⁶³ durante el embarazo, el parto y el postparto¹⁰⁶⁴.

En definitiva, el legislador español debería entender el cambio que se está dando en el mundo; ya mencioné en la introducción de este estudio que la globalización mundial y la inmigración son dos características de la sociedad actual y que, por tanto, deberíamos seguir criterios de solidaridad, que al fin y al cabo es uno de los principios de nuestro sistema de Seguridad Social y, por tanto, buscar la Universalidad total del sistema ampliándolo a todas las personas independientemente situación en la que vivan¹⁰⁶⁵.

Existe una diferencia notoria en el criterio que utiliza cada uno de los instrumentos internacionales y europeos a la hora de delimitar el derecho a la asistencia sanitaria, lo que dificulta el análisis del concepto dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, la determinación de si el alcance de la Universalidad¹⁰⁶⁶ de nuestro sistema es acorde a ellos o no; si bien es cierto que existen

¹⁰⁶² Entendida como el conjunto de mecanismos dispuestos para solucionar la contingencia de alteración de la salud, independientemente de que la causa que origine esa alteración se deba a una enfermedad o a un accidente; la prestación viene, además, a realizarlo de manera gratuita con base, obviamente, a nuestro sistema de Estado Social (Benavides Vico, A. (2011). *Guía de las prestaciones de la seguridad social: Desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad -orfandad*. Página 149. Madrid: Lex Nova.)

¹⁰⁶³ Benavides Vico, A. (2011). *Guía de las prestaciones de la seguridad social: Desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad -orfandad*. Página 152. Madrid: Lex Nova.

¹⁰⁶⁴ Torres Andrés, J. M., España. (2005). *La situación de los extranjeros en relación con el orden social*. Página 118. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.

¹⁰⁶⁵ Tarabini-Castellani Aznar, M. (2006). Los derechos de los trabajadores extranjeros: Puntos críticos. *RMTAS*, nº 63, 226.

¹⁰⁶⁶ Del Pino Matute, E., Moreno Fuentes, F.J. y Rubio Lara, M.J. (2013). *Políticas sanitarias en perspectiva comparada. Descentralización, mercados y nuevas formas de gestión en el ámbito sanitario*. Los Estados de Bienestar en la encrucijada. Revista de estudios políticos. Número 160. 169-188

determinados instrumentos internacionales que hablan de la asistencia sanitaria “total”, es decir, a todas las personas sin la obligatoriedad de poseer un determinado estatus jurídico; en este sentido podemos destacar el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁶⁷.

En la exposición de motivos del Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, se explica que el sistema sanitario público atraviesa una *situación de grave dificultad económica...con una alta morosidad y en insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias* por lo que se *hace...imprescindible la adopción de medidas urgentes que garanticen su futuro y que contribuyan a evitar que este problema persista*, es decir, que el Gobierno alega problemas económicos para no ampliar la asistencia sanitaria y así limitar la Universalidad de la misma (hay que recordar que esta posibilidad se encuentra regulada en los tratados y mandatos internacionales y europeos como se trató en el primer capítulo de este trabajo), lo que vendría a justificar la limitación de la asistencia sanitaria a los supuestos expresados anteriormente. Este es el sentido en el que interpreta el Tribunal Constitucional¹⁰⁶⁸ la norma para no encontrar inconstitucionalidad en la misma¹⁰⁶⁹. Es cierto que a

¹⁰⁶⁷ Sobrino Guijarro, I. (2013). Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 3(2), 127-158.

¹⁰⁶⁸ Contra el RD-Ley 16/2012, de 20 de abril, se presenta recurso de inconstitucionalidad par el Parlamento de Navarra ya que se dejó la decisión en manos del Gobierno y no en las del Parlamento teniendo éste Reserva de Ley.

¹⁰⁶⁹ En el Fundamento Jurídico 1, del Voto particular formulado a la STC 137/2011, en el que se reitera lo manifestado en otras decisiones anteriores como las SSTC 182/1997, de 28 de octubre, Fundamento Jurídico 3; 11/2002, de 17 de enero, Fundamento Jurídico 4; 137/2003, de 3 de julio, Fundamento Jurídico 3 y 189/2005, de 7 de julio, Fundamento Jurídico 3.

tenor de lo expuesto en el preámbulo podemos entender la intención del legislador, de modo que es de suponer que en el momento que cese la crisis económica y la dificultad por la que están atravesando, tanto el sistema de Seguridad Social como el sistema sanitario desaparecerán las circunstancias que justifican esta limitación de la Universalidad del sistema, lo que evitará la privación del derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación administrativa irregular. Entre los argumentos más consolidados dentro de la doctrina del Tribunal Constitucional podemos encontrar varios que avalan lo establecido en la norma y que impedirían, sin duda alguna, la consecución de la Universalidad total del sistema de Seguridad Social en cuanto a asistencia sanitaria de los extranjeros en situación administrativa irregular se refiere; y, de este modo, se pueden citar los siguientes¹⁰⁷⁰:

1. El derecho a la asistencia sanitaria consagrado en el artículo 43 de la Constitución Española¹⁰⁷¹ es un derecho de protección a la salud y es considerado como un derecho de prestación y es uno de los principios rectores de la política social y económica, por el que los poderes públicos se

¹⁰⁷⁰Delgado Del Rincón, L.E. (enero-marzo (2014)). El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 163, 204-206.

¹⁰⁷¹“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.”

comprometen a *organizar y tutelar un sistema de salud pública mediante las medidas, prestaciones y servicios sanitarios*¹⁰⁷².

2. El derecho a la asistencia sanitaria no es absoluto e ilimitado, sino que *se trata de un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias*¹⁰⁷³. La *sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema*¹⁰⁷⁴.
3. *El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como*

¹⁰⁷² Fundamento Jurídico número 3 de la STC 95/2000, de 10 de abril.

¹⁰⁷³ Fundamento Jurídico número 3 de la STC 16/1994, de 20 de enero y Fundamento Jurídico número 3 de la STC 95/2003, de 22 de mayo.

¹⁰⁷⁴ Fundamento Jurídico número 5 del ATC 96/2011, de 21 de junio.

presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español. Esta opción no es constitucionalmente ilegítima, como ya ha sido puesto de manifiesto por diversas decisiones de este Tribunal...¹⁰⁷⁵.

4. *El mantenimiento del sistema público de Seguridad Social y el reconocimiento del derecho a la salud y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios, se contienen en el Título I del Texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del artículo 13.1¹⁰⁷⁶, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes¹⁰⁷⁷.*

El Real Decreto Ley 16/2012¹⁰⁷⁸ introdujo la exclusión del sistema de Seguridad Social en lo que a extranjeros en situación administrativa

¹⁰⁷⁵ Fundamento Jurídico número 4 de la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

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

¹⁰⁷⁷ Fundamento Jurídico número 3 de la STC 95/2000, de 10 de abril.

¹⁰⁷⁸ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

irregular se refiere, dejando fuera del alcance del sistema y, por tanto, de la gratuidad y Universalidad del mismo, a los extranjeros mayores de edad y que, además, carecieran de residencia legal en España por lo que se presentó recurso de inconstitucionalidad por parte del Parlamento de Navarra contra el citado Real Decreto Ley¹⁰⁷⁹. El Tribunal Constitucional reconoce que, dada la urgencia y extraordinaria necesidad, se puede llevar a cabo por la vía del artículo 86.1¹⁰⁸⁰ de la Constitución Española pero con dos votos particulares de Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos; en cuanto al fondo de la cuestión, en lo que a la nueva conceptualización de asegurado y beneficiario dentro del sistema nacional de Seguridad Social se refiere y, por ende, cuestiones que afectan al principio de Universalidad de nuestro sistema, el Tribunal Constitucional considera que dicha exclusión es constitucional dada la actual concepción del derecho a la protección de la salud del artículo 43¹⁰⁸¹ de la Constitución Española ya que esta permite legalmente la diferenciación entre españoles y extranjeros que el propio Tribunal Constitucional ya mencionaba en el Fundamento Jurídico número 4¹⁰⁸² de la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

¹⁰⁷⁹ Ya que se dejó la decisión al Gobierno y no al Parlamento teniendo éste Reserva de Ley.

¹⁰⁸⁰ "1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general."

¹⁰⁸¹ "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio."

¹⁰⁸² El legislador contemplado en el art. 13 CE se encuentra asimismo limitado al regular aquellos derechos que, según hemos declarado, «la Constitución reconoce directamente a los

La aprobación de las normas relativas a la asistencia sanitaria en general y los epígrafes correspondientes a la asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares en España no hacen más que alejarnos de la universalización total del sistema de sanidad (entendido éste como conjunto de la protección social más tradicional). Se trata de una merma significativa en el disfrute de uno de los Derechos Sociales Fundamentales más importantes que se engloban dentro de nuestro sistema de Seguridad Social por la relevancia del mismo como tal, si bien es cierto que puede justificarse legalmente con los argumentos de debilidad económica por los que está pasando nuestro país. Hay muchas cosas que el legislador no ha tenido en cuenta a la hora de legislar esta materia, pero yo destacaría el problema que supone que este colectivo no reciba asistencia sanitaria no prioritaria, ya que muchas enfermedades erradicadas en nuestro país hace décadas pueden volver a aparecer lo que, a fin de cuentas, supondría un gasto

extranjeros» (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 2), refiriéndonos en concreto a los derechos de reunión y asociación. Ello implica, de entrada, que el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer «condicionamientos adicionales» respecto a su ejercicio por parte de aquéllos, si bien «ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no puede estimarse aquel precepto [art. 13.1 CE] permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales» (STC 115/1987, FJ 3). En tales casos, como se dice en la misma resolución, el mandato contenido en el precepto constitucional «constituye en puridad un contenido preceptivo del derecho [de asociación] que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio» por parte de los extranjeros. Para la identificación de estos derechos reconocidos ex constitución a los extranjeros debe tenerse especialmente en cuenta, entre otros criterios, la dicción de los preceptos del título I reconocedores de derechos, a los que remite el art. 13.1 CE, pues en ellos se hace normalmente referencia a sus titulares utilizando distintas expresiones («todos», «todas las personas», «los españoles», «nadie», «los ciudadanos») o también fórmulas impersonales («se reconoce», «se garantiza»).

mayor en sanidad cuestionando así, incluso, la razonabilidad económica de la medida.

Esa dependencia económica de los derechos sociales, tales como el derecho a la salud o a la asistencia sanitaria se debe, a fin de cuentas, a la necesidad de tener en cuenta la cantidad de recursos con los que cuenta cada Estado para poder ejercerlos; esta dificultad se encuentra en el derecho al ejercicio de derechos civiles (pensemos en el coste que suponen unas elecciones generales o el coste de los Parlamentarios y Parlamentarias), pero parece ser que no somos igual de conscientes de lo que conllevan. Esto justificaría, claramente, esa limitación expuesta en el párrafo anterior y explica, en gran medida, el que no se cumpla con el principio de Universalidad y, por tanto, con el de Igualdad; *la escasez de recursos imposibilita materialmente el goce de los derechos sociales*¹⁰⁸³.

La escasez de recursos hace imposible que se goce de este tipo de derechos de forma completa ya que se trata de un tipo de derechos que conllevan una *implantación* muy costosa pero es cierto que, quizá, su falta de implementación completa también suponga un elevado coste en otros aspectos; en resumen se podría decir que las leyes *“reconocen y proclaman derechos cuya efectividad está subordinada al qué hacer económico, hacen que venga a nuestra consideración, no la raigambre jurídica del derecho reconocido, la cual para nosotros está*

¹⁰⁸³ Cárcar Benito, J. E. (2016). Una reflexión sobre el derecho a la asistencia sanitaria como derecho social y universal con financiación pública. *RDUNEDICIÓN Revista De Derecho UNED*, (18), 196.

*fuera de duda, sino la efectividad real del mismo y la positivización de aquellos que para algunos podría haber sido una simple abstracción conceptual más propia de la escolástica que de los momentos presentes*¹⁰⁸⁴. Ahora bien, hay que destacar que, en este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha establecido que cada Estado debe demostrar *que ha realizado todo esfuerzo para satisfacer, con carácter prioritario, estas obligaciones mínimas*¹⁰⁸⁵, es decir, no pueden mermar la asistencia sin justificar fehacientemente el hecho en sí y, además, evidenciar que realizan un uso coherente y lógico de los recursos de los que disponen.

En este sentido es cierto que existen estructuras en el plano internacional para que se aplique el Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos¹⁰⁸⁶, Sociales y Culturales, donde aparece un procedimiento de reclamaciones por parte de los Estados y los particulares sobre violación de derechos sociales y ahí podría determinarse qué sería justificable¹⁰⁸⁷ y en concreto si las restricciones que comento lo son.

¹⁰⁸⁴Raga Gil, J. T. (1998). Efectividad de los derechos económicos y sociales. *Derechos y Libertades: Revista Del Instituto Bartolomé De Las Casas*, 3(6), 194.

¹⁰⁸⁵Cárcar Benito, J. E. (2016). Una reflexión sobre el derecho a la asistencia sanitaria como derecho social y universal con financiación pública. *RDUNEDICIÓN Revista De Derecho UNED*, (18), 197.

¹⁰⁸⁶Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008: «Considerando que, para asegurar mejor el logro de los propósitos del Pacto y la aplicación de sus disposiciones, sería conveniente facultar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante denominado el Comité) para desempeñar las funciones previstas» BOE nº 48 de 25 de febrero de 2013.

¹⁰⁸⁷Mariño, F. (1998). Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de naciones unidas. *Derechos y Libertades: Revista Del Instituto Bartolomé De Las Casas*, 3(6), 94.

Si entendemos el derecho a la asistencia sanitaria como un derecho humano reconocido que camina en busca de la consecución de su universalización, no debería ser objeto de recortes económicos; ahora bien, la sostenibilidad del sistema de protección social depende de la capacidad del sistema para hacer frente a su coste. Deberíamos conseguir la igualdad real y, por tanto, la universalización del sistema en cuanto a asistencia sanitaria se refiere y el incumplimiento de la universalización del sistema por problemas económicos *no sólo no impugna aquella Universalidad sino que denuncia su ausencia*¹⁰⁸⁸.

Para finalizar me gustaría destacar la siguiente idea: *“Nuestro ordenamiento jurídico descansa sobre principios fundamentales de contenido universal y la realización de tales principios puede entenderse como el agotamiento de este contenido. Normas como los Derechos Fundamentales, la garantía del procedimiento judicial, el principio de soberanía popular, la separación de poderes, el principio del Estado Social, etcétera, están formuladas inevitablemente en un alto escalón de abstracción. Estos principios tendrían que tener una vigencia universal, esto es, valer en todo momento y espacio, para todo y para todos y también para otras normas que enjuiciamos según estas medidas*¹⁰⁸⁹”.

No operan, ciertamente, en el derecho a la asistencia sanitaria los principios de Igualdad y Universalidad real del sistema; desde el

¹⁰⁸⁸ Ruiz Miguel, A. (1994). Derechos liberales y derechos sociales. *Doxa: Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (15), 651-674.

¹⁰⁸⁹ Habermas J., *Ensayos Políticos*, Ed Península, Barcelona, 1998. Traducción Ramón García Cotarelo, pp. 83-84.

momento que se establecen categorías de ciudadanos y se limita el acceso únicamente a los que se encuentren legalmente en España estamos limitando la Universalidad del sistema y atentando contra el principio de Igualdad. Cabe resaltar que, como dije en párrafos anteriores, debemos entender el derecho a la salud como garante de derechos tales como la vida y la integridad física y hay que recordar que ambos son Derechos Fundamentales.

3. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y UNIVERSALIDAD EN PERSONAS UNIDAS POR VÍNCULO MATRIMONIAL Y EN ANÁLOGA RELACIÓN DE AFECTIVIDAD CONYUGAL Y LA PENSIÓN DE VIUDEDAD.

3.1 Introducción.

El problema fundamental existente entre el principio de igualdad y la pensión de viudedad es el derivado del tipo de unión entre el sujeto causante y el perceptor de la pensión. Ha habido numerosos cambios en los últimos años en referencia a los tipos de uniones permitidos en nuestro ordenamiento jurídico y al tratamiento legal de los mismos. Sin duda se ha producido una clara evolución en el reconocimiento de derechos, en algunos casos, que ha supuesto una equiparación mayor entre los sujetos. La mayor vulneración del principio de igualdad en nuestro ordenamiento jurídico venía planteada por el trato desigual cuando las uniones eran entre personas del mismo sexo, problema que se solventó con la Ley que permitía el acceso al matrimonio a personas del mismo sexo, la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil; por otro lado se planteaba el problema de las parejas de hecho, los matrimonios multiculturales y los matrimonios consuetudinarios.

La pensión de viudedad fue concebida para suplir la merma económica que sufre la familia (con o sin hijos), tras el fallecimiento de uno de los cónyuges; es decir, se trata de una pensión de carácter económico reconocida para proteger un estado de necesidad claro.

No se puede negar que, en las últimas décadas, ha existido un evidente conflicto en lo que a la pensión de viudedad se refiere y el principio de Igualdad, lo que ha llevado a los poderes públicos a prometer, en varias ocasiones, una reforma integral de la prestación que la acercara más al principio de Igualdad y que, por tanto, convirtiera nuestro sistema en un sistema más universal de lo que es.

Como ya se ha visto a lo largo de estas páginas, una vez más, ha sido trabajo de los órganos judiciales el adaptar la norma existente en materia de pensión de viudedad a la realidad social que vivimos en nuestros tiempos, al avance en la consecución de la Igualdad efectiva entre sujetos¹⁰⁹⁰.

A priori hay que destacar que la ley exige, para poder ser perceptor de la pensión de viudedad, haber sido cónyuge del sujeto que genera el derecho a la misma y establece que tal condición viene derivada directamente del matrimonio, por lo que encontrar la solución en las normas civiles es lo más coherente¹⁰⁹¹; es decir, antes de cada uno de

¹⁰⁹⁰ Villar Cañada, I. M. (2016). Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (400), 47-72.

¹⁰⁹¹ Rodríguez Cardo, I. A. (2008). Forma matrimonial y pensión de viudedad: En particular, el matrimonio por el rito gitano (A propósito de la STC 69/2007, de 16 de abril (RTC2007, 69)). *Repertorio Aranzadi Del Tribunal Constitucional*, (16), 10.

los análisis específicos habrá de tenerse en cuenta lo que nuestro ordenamiento jurídico reconoce y las opciones que establece.

El enfoque más complicado en la materia es la exigencia de la existencia de vínculo matrimonial aunque hay que resaltar que éste ha venido avalado por la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, que ha entendido que el requerimiento del mismo no supone violación al principio de Igualdad¹⁰⁹² y así lo destacó en STC 184/1990, de 15 de noviembre (entre otras), lo que afecta directamente tanto a las uniones de hecho como a los matrimonios consuetudinarios¹⁰⁹³; cierto es que este tratamiento desigual podría suponer un *desfase* con la realidad social con la que nos encontramos hoy en día pero, también es cierto, que existen matrimonios y uniones legales permitidas hoy en día que darían acceso a todos los sujetos y que si éstos no optan a ellas es porque los propios sujetos no acceden al cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para ejercitar dicha opción y lo hacen a propia voluntad lo que, de nuevo, nos hace plantearnos si verdaderamente se está vulnerando el principio de Igualdad.

Con los nuevos cambios, como la aceptación de la existencia de parejas de hecho o de los matrimonios entre personas del mismo sexo, la pensión de viudedad ha pasado a tener un *diseño legal imperfecto*, ya que sigue siendo interpretada con la concepción clásica de matrimonio y entendiendo la existencia de una situación de necesidad

¹⁰⁹²San Martín Rodríguez, J. (2006). La pensión de viudedad en la encrucijada. *Revista Técnico Laboral*, 28 (108), 195-198.

¹⁰⁹³ Un claro ejemplo de este tipo de matrimonios es el celebrado por el rito gitano que se tratará en un epígrafe posterior.

derivada de la convivencia entre los cónyuges; cierto es que la labor de los órganos judiciales está siendo fundamental así como la legislación que admite la existencia de otro tipo de uniones; ese diseño legal imperfecto al que antes he hecho mención se materializa con la mala combinación existente entre una regulación obsoleta en la materia y la inclusión de nuevas figuras jurídicas, que han sido reconocidas por la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las nuevas exigencias en materia de Igualdad de las personas, de modo que se han producido una serie de lagunas normativas que han conllevado problemas de interpretación por parte de los órganos judiciales por lo que, en este sentido, existe una *normativa desigual y un complemento jurisprudencial particularmente decisivo*¹⁰⁹⁴..

Con la aprobación de la Ley 40/2007¹⁰⁹⁵, de 4 de diciembre, se introdujeron los dos cambios más importantes en referencia a la pensión de viudedad y los sujetos beneficiarios de la misma, ya que amplió la cobertura de dicha pensión a las uniones de hecho, haciéndose eco de una de las novedades cambiantes de nuestra sociedad y limitó el acceso a los ex cónyuges supérstites a los que, a partir de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, se les exigía que estuviesen cobrando la pensión compensatoria en el momento de producirse el hecho causante¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁴ Barcelón Cobedo, S. (2016). La actualización del régimen jurídico de la pensión de viudedad. Cuestiones nucleares. *Trabajo y Derecho* (23).

¹⁰⁹⁵ Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

¹⁰⁹⁶ Rodríguez Iniesta, G. (2007). La reforma de la protección por muerte y supervivencia. *La reforma de la seguridad social: (el acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)* (1ª edición, pp. 187-217) Bomarzo.

La regulación general de la prestación de viudedad para caso de matrimonio aparece recogida en el artículo 219¹⁰⁹⁷ del TRLGSS donde se recogen las características y exigencias legales para la misma, entre ellas, la carencia, la exigencia del tiempo de convivencia del matrimonio; es de resaltar que este artículo da protección a la visión más conservadora de matrimonio donde, además, se presupone que uno de los cónyuges (la mujer en la mayoría de los casos), es económicamente dependiente del otro, por lo que se entendía establecida la necesidad económica surgida tras el fallecimiento del cónyuge que aportaba los ingresos de forma habitual al hogar familiar y, hoy en día, sigue manteniéndose la misma regulación de modo que la obtención de ingresos propios y la generación de derechos prestacionales por ambos cónyuges no ha hecho variar la regulación de la prestación de viudedad, por lo que las pensiones siguen recibiendo independientemente de que ya no sean tantos los casos

¹⁰⁹⁷ "1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente de alguna de las personas a que se refiere el artículo 217.1, siempre que si el sujeto causante se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que esta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización. También tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años. 2. En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el artículo 221.2, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años."

de dependencia económica de las familias a uno solo de los sujetos que componen el matrimonio cosa que, al contrario, sí se exige tanto a las parejas de hecho como en el caso de los ex cónyuges¹⁰⁹⁸.

En el caso de las parejas de hecho, la regulación de la pensión de viudedad viene recogida en el artículo 221¹⁰⁹⁹ del TRLGSS; una lectura comparativa de este con el artículo 219 deja ya claras, a priori, las diferencias que el legislador establece para la misma prestación entre ambas situaciones (el matrimonio tradicional y las uniones de hecho); se deja ya entrever las diferencias existentes y, por tanto, la no existencia de Igualdad total ante ambas situaciones.

Una de las claves a la hora de establecer un criterio que garantice la Igualdad en este sentido es que nuestro ordenamiento jurídico

¹⁰⁹⁸ Barcelón Cobedo, S. (2016). La actualización del régimen jurídico de la pensión de viudedad. Cuestiones nucleares. *Trabajo y Derecho* (23).

¹⁰⁹⁹ "1. Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el artículo 219, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditará que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente. Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos por mínimos de pensiones establecidos en el artículo 59. 2. A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante."

reconoce, desde hace algún tiempo, el derecho a contraer matrimonio por diferentes ritos¹¹⁰⁰, mediante matrimonio civil y entre personas del mismo sexo¹¹⁰¹,(...), es decir, ha habido una realidad cambiante a la que el legislador se ha ido adaptando poco a poco.

3.2 Cuestiones Generales.

3.2.1 Las parejas de hecho.

Debo establecer el concepto de pareja de hecho, así pues, se considera pareja de hecho a aquella pareja que haya ostentado una unión estable de convivencia entre dos sujetos no unidos por matrimonio, siempre y cuando se trate de una unión entre dos personas del mismo o diferente sexo, exista una relación pública y notoria, que no se encuentren unidas a otra persona mediante matrimonio, que lleven una vida en común estable y duradera y, además, existan unos intereses comunes en el desarrollo de la vida familiar¹¹⁰².

¹¹⁰⁰ El artículo 59 del C.C establece que «el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de este». Al respecto han de tenerse en cuenta las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas ellas de 10 de noviembre, la primera recogiendo el acuerdo entre el Estado Español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la segunda recogiendo el acuerdo entre el Estado Español y la Federación de Comunidades Israelitas de España, y la tercera recogiendo el acuerdo entre el Estado Español y la Comisión Islámica de España.

¹¹⁰¹ Al tenor del artículo 44 del C.C, “*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*” (párrafo introducido por Ley 13/2005 de 1 de julio).

¹¹⁰² Blázquez Agudo, E. M., Universidad Carlos III de Madrid, y Boletín Oficial del Estado. (2005). *Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 74.

Se debe entender igual la relación existente entre parejas de hecho que la creada por el vínculo matrimonial; pero la STC 184/1990, de 15 de noviembre, por ejemplo, dejó claro que el Tribunal Constitucional no lo entendía de este modo ya que expresaba que *“Es claro que en la Constitución Española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional. Nada de ello ocurre con la convivencia more uxorio¹¹⁰³, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera ope legis¹¹⁰⁴ en la mujer y en el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia¹¹⁰⁵”*.

Se pueden definir las uniones de hecho como *“la unión de dos personas de cualquiera que sea su inclinación sexual, que conviven*

¹¹⁰³ Hay convivencia con una persona con la que no existe vínculo conyugal.

¹¹⁰⁵ Extracto de la STC 184/1990, de 15 de noviembre.

*maritalmente con voluntad de permanencia*¹¹⁰⁶". Los requisitos que, además, deben cumplir las parejas de hecho son:

1. Que exista convivencia *more uxorio*¹¹⁰⁷, es decir, que exista un modelo de convivencia igual al de las familias fundamentadas en la existencia de matrimonio. La convivencia, además, debe ser estable y duradera¹¹⁰⁸.
2. Que no exista impedimento legal para contraer matrimonio ya que este invalidaría la capacidad para constituir pareja de hecho.
3. Que la relación sea pública y notoria (quedando excluidas, por tanto, las relaciones secretas).
4. Que la relación, entre los sujetos, debe ser monogámica.

A continuación trataré algunos temas relativos a la diferencia de trato y el principio de Igualdad. En tal sentido se hace necesario tener en cuenta que los conceptos de matrimonio y de pareja de hecho han variado en los últimos años ampliando la posibilidad de acceso a muchas prestaciones y derechos. Es cierto que se ha conseguido que

¹¹⁰⁶ <http://www.efficientiurisfrb.com/apps/blog/show/41766281-uniones-de-hecho> (consultada en marzo de 2017).

¹¹⁰⁷ Según STS de 18 de mayo de 1992. Número de Recurso 1255/1990.

¹¹⁰⁸ La unión, obviamente, puede ser de carácter heterosexual o de carácter homosexual.

estemos un paso más cerca para muchas personas que quedaban fuera del amparo del sistema pero que todavía nos encontramos lejos de la Universalidad total y, por tanto, de la Igualdad real.

He creído conveniente comenzar por el caso de las parejas de hecho porque, sin duda, ha sido uno de los conceptos que más ha evolucionado en los últimos años. Mucho ha cambiado el concepto en sí y los individuos que se han visto afectados por las mismas.

El sistema de Seguridad Social español tiene, como uno de sus pilares básicos, la protección a la familia y así lo consagra en su artículo 2.2¹¹⁰⁹ del TRLGSS y tanto el concepto como el sistema han tenido un relevante impacto el uno sobre el otro ya que han debido adaptarse a la realidad social actual de modo que, en lo que a parejas de hecho se refiere, el primer debate que se suscitó era si estas entraban dentro del concepto de familia o, por el contrario, se quedaban fuera del mismo ya que, tradicionalmente, el concepto de familia siempre había hecho referencia a la *agrupación de personas unidas entre sí por matrimonio o parentesco que además convivan y que compartan patrimonio*, cerrando así las puertas a otro tipo de uniones que, realmente, sí que existían en el entorno de nuestra sociedad.

Con el paso del tiempo, el Tribunal Constitucional¹¹¹⁰ abrió paso al reconocimiento de la unión de hecho como institución familiar,

¹¹⁰⁹ “2. El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de esta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley.”

¹¹¹⁰ En las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, y 47/1993, de 8 de febrero.

englobando dentro del concepto a la unión *constituida voluntariamente* por una pareja con un lazo de unión afectivo y estable si bien es cierto que el mismo Tribunal, en su momento, no entendía que existiera discriminación al otorgar diferente cobertura dentro del sistema de Seguridad Social entre unas y las otras, considerando que dichas diferencias estaban sometidas a la valoración del legislador; en este sentido hay que reconocer que, la ampliación del derecho al matrimonio al ámbito de personas del mismo sexo y el intento de equiparación entre matrimonio y uniones de hecho, ha supuesto un gran paso para la consecución de la implantación del principio de Igualdad entre todos ellos¹¹¹¹.

3.2.2 Los matrimonios.

En tal sentido, lo siguiente que tenemos que determinar es a quién se considera casado en nuestro ordenamiento jurídico; así pues, a tenor de nuestras leyes, se consideran casados a aquellos que hayan contraído matrimonio válido según los artículos 49¹¹¹², 59¹¹¹³, 60¹¹¹⁴ y

¹¹¹¹ Álvarez Cuesta, H. (2009). Uniones de hecho y su incidencia en la seguridad social. *Actualidad Laboral*, (19), 2.

¹¹¹² "Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1º Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código. 2º En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración."

¹¹¹³ "El consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste."

¹¹¹⁴ "1. El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles. 2. Igualmente, se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones,

63¹¹¹⁵ del Código Civil que sólo reconocen y regulan un tipo de matrimonio, el matrimonio civil, matrimonio que puede celebrarse ante el Juez, Alcalde o funcionario autorizado para su celebración o que se haya celebrado ante ministro de la confesión religiosa que se trate, a quien sus normas autoricen para celebrar el matrimonio cumpliendo con las formalidades externas de la religión en cuestión (en este caso podemos hablar de matrimonio civil en forma religiosa).

Después de la aprobación de la Ley 13/2005 , de 1 de julio¹¹¹⁶, se produce un cambio en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que el concepto tradicional de matrimonio como unión estable entre dos personas de diferente sexo se modifica; la ley en su exposición de motivos señala que se permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones cualquiera que sea su composición; en consecuencia, los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando

comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España. En este supuesto, el reconocimiento de efectos civiles requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil. b) La libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad. La condición de ministro de culto será acreditada mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que, en su caso, hubiere solicitado dicho reconocimiento. 3. Para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa se estará a lo dispuesto en el Capítulo siguiente."

¹¹¹⁵ "La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la iglesia, o confesión, comunidad religiosa o federación respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil. Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título."

¹¹¹⁶ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes¹¹¹⁷.

Lo siguiente a tener en cuenta es la regulación de los tipos de matrimonio a los que se les reconoce validez en España; hay que recordar que nuestro ordenamiento jurídico pone a disposición de las personas tanto el matrimonio en forma civil como el matrimonio a través de cualquiera de los ritos religiosos que estén inscritos para que cada cual pueda seguir sus creencias personales de modo que el Tribunal Constitucional *califica este modo de acceso al vínculo de escrupulosamente neutral desde el punto de vista racial (o sexual), y añade que incluso en los casos en que se ha optado por dotar de efectos civiles a las formas de celebración confesional de uniones matrimoniales, tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna*¹¹¹⁸..., así pues, los criterios fijados por el legislador español no están condicionados a la pertenencia a una raza (o condición sexual), con exclusión de las demás, *ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras, por lo que tampoco ocurre en ellos una forma encubierta*¹¹¹⁹ de discriminación.

¹¹¹⁷ Sesma Bastida, B. (2005). Extensión en la cobertura de la pensión de viudedad ante nuevas realidades sociales: Uniones de hecho y matrimonio homosexual. *Actualidad Laboral*, (1), 620-630.

¹¹¹⁸ Rodríguez Cardo, I. A. (2010). El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad: Comentario de urgencia a la STEDH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009. *Actualidad Laboral*, (3), 1.

¹¹¹⁹ Berenguer Albaladejo, C. (2010). El principio de Igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el "matrimonio gitano". *Derecho Privado y Constitución*, (24), 122.

Nuestro Estado se caracteriza por ser un Estado aconfesional tal y como lo establece nuestra Constitución en su artículo 16.3¹¹²⁰ pero es cierto que existe una unión, todavía, entre la forma civil del matrimonio y las formas religiosas porque el Código Civil reconoce efectos civiles a los matrimonios celebrados bajo los ritos de determinadas religiones¹¹²¹.

Un matrimonio celebrado por uno de los ritos matrimoniales de las religiones o confesiones con los que existe acuerdo produce los mismos efectos que un matrimonio contraído por la forma civil, lo que incluye, lógicamente, todos los efectos derivados de nuestro sistema de Seguridad Social incorporada, claro está, la pensión de viudedad, por ejemplo.

Lo primero es determinar qué dice el TRLGSS con respecto a la viudedad, es decir, a quién considera beneficiario en este caso; así pues, el artículo 219.1 de la TRLGSS establece que tendrá derecho a la pensión de viudedad vitalicia *“...el cónyuge superviviente de alguna de las personas a que se refiere el artículo 217.1¹¹²²...”*. En tal sentido, también es cierto que en la versión actualizada de la Ley y modificada

¹¹²⁰“Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

¹¹²¹ Pero hay que decir que esta posibilidad debe de aparecer expresamente reconocida en una ley estatal.

¹¹²²“Podrán causar derecho a las prestaciones enumeradas en el artículo anterior: a) Las personas incluidas en el Régimen General que cumplan la condición general exigida en el artículo 165.1 b) Los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan el período de cotización que, en su caso, esté establecido. c) Los titulares de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente”.

en 2015¹¹²³ aparece reflejada, además, una situación que no se contemplaba en la anterior redacción del TRLGSS antes de la reforma de 2015, en concreto, la *“pensión de viudedad en el caso de las parejas de hecho”*, un avance, sin lugar a dudas, en lo que podría considerarse una desigualdad notoria antes reflejada en nuestro ordenamiento jurídico¹¹²⁴ y que se solucionaba a través de la jurisprudencia. De este modo, el artículo 221.1¹¹²⁵ del TRLGSS reconoce el derecho a la percepción de la pensión de viudedad, pero hay que resaltar que no se reconoce en las mismas condiciones que para el caso de matrimonio, estableciendo unos criterios económicos diferentes; además, es la propia LGSS en su artículo 221.2¹¹²⁶ la que establece lo que se considera pareja de hecho recogiendo, así, las

¹¹²³ Modificada por el 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.

¹¹²⁴ Piñeyro de la Fuente, A.J. (2008). *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de Igualdad* : (en el sistema español de seguridad social). Madrid: Reus, 99 y ss.

¹¹²⁵ *“Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el artículo 219, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encuentre unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.*

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos por mínimos de pensiones establecidos en el artículo 59.”

¹¹²⁶ *“A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.”*

condiciones que deben cumplir los sujetos para la percepción de la prestación.

Con respecto a la condición de cónyuge nada dice el TRLGSS, por lo que se deben revisar los criterios utilizados en el Código Civil y, según esta norma, únicamente serán válidos los matrimonios religiosos en los términos y con las confesiones religiosas inscritas y autorizadas para ello o los matrimonios civiles¹¹²⁷ realizados según lo establecido para ellos en el Código Civil¹¹²⁸, admitiéndose¹¹²⁹ así pues matrimonios celebrados por las confesiones religiosas que poseen acuerdos con el estado, por ejemplo, para la celebración católica¹¹³⁰, judía¹¹³¹, evangélica¹¹³² y musulmana¹¹³³, si bien es cierto que para todas las formas se hace obligatoria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil¹¹³⁴.

En numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se ven obligados a resolver sobre la unión de los dos términos: principio de Igualdad y pensión de viudedad ya que, aunque es cierta la existencia de un progreso normativo todavía quedan

¹¹²⁷ Si bien es cierto que para el reconocimiento de la pensión de viudedad se exigirá que el matrimonio haya sido celebrado, como mínimo, un año anterior al hecho causante excepto si se acreditan convivencia con un tiempo superior a dos años (Benavides Vico, A. (2011). *Guía de las prestaciones de la seguridad social: Desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad -orfandad*. Página 564. Madrid: Lex Nova.)

¹¹²⁸ Artículos 51 y ss. del Código Civil.

¹¹²⁹ Según el artículo 50 del Código Civil.

¹¹³⁰ Según los acuerdos jurídicos con la Santa Sede de 1979.

¹¹³¹ Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Judías de España. (Vigente hasta el 30 de Junio de 2017).

¹¹³² Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España. (Vigente hasta el 30 de Junio de 2017).

¹¹³³ Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. (Vigente hasta el 30 de Junio de 2017).

¹¹³⁴ Artículo 61 del Código Civil.

obstáculos que salvar para poder adaptar esta prestación en concreto a los mandatos internacionales y europeos en la materia; nos encontramos con desigualdades notorias, sobre todo, cuando hablamos, por ejemplo, del sexo del beneficiario, las que dependen de la orientación sexual o en la existencia o no de un vínculo matrimonial efectivo¹¹³⁵.

3.3 Excepciones en la aplicación de los principios de Igualdad y Universalidad en la pensión de viudedad.

3.3.1 La pensión de viudedad en las parejas de hecho.

El tema de las parejas de hecho es uno de los problemas que se plantean en relación al principio de Igualdad en nuestro ordenamiento jurídico y no solo en el sistema de Seguridad Social.

A los efectos concretos de la pensión de viudedad se reconocerá como pareja de hecho la “...constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia establece y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración

¹¹³⁵Villar Cañada, I. M. (2016). Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (400), 47-72.

*ininterrumpida no inferior a 5 años*¹¹³⁶...además, “la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”¹¹³⁷.

A efectos de interpretación del artículo 221 del TRLGSS se podría definir pareja de hecho como “...aquella que está constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del acusante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años”¹¹³⁸.

¹¹³⁶ Benavides Vico, A. (2011). *Guía de las prestaciones de la seguridad social: Desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad -orfandad*. Madrid: Lex Nova, 570.

¹¹³⁷ Artículo 221. 2 del TRLGSS.

¹¹³⁸ Barcelón Cobedo, S. (2016). La actualización del régimen jurídico de la pensión de viudedad. *Cuestiones nucleares. Trabajo y Derecho* (23).

3.3.1.1 La solución antes de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social: el criterio de la STC 184/1990, de 15 de noviembre.

En primer lugar, hay que decir que los órganos judiciales han tenido que enfrentarse a muchas situaciones en las que se pide la concesión de la prestación de la pensión de viudedad en ausencia de vínculo matrimonial.

Desde los años '80 se ha estado buscando el modo de que la prestación y el principio fuesen compatibles en la totalidad; lo habitual era unir la prestación de viudedad al concepto de familia, pero no ha sido hasta fechas recientes cuando la pensión en sí ha dejado de depender de la existencia de vínculo matrimonial como tal¹¹³⁹.

Para el Tribunal Constitucional ha sido determinante el establecer si los sujetos que formaban uniones de convivencia sin estar inscritos en el registro de parejas de hecho o sin haber contraído matrimonio efectivamente podían haberlo hecho; partiendo de que estas diferencias podrían ser *“legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia”*, el Tribunal Constitucional ha mantenido que la libertad para contraer matrimonio es un factor determinante para justificar el distinto tratamiento y así lo dejó ya claro en STC 184/1990, de 15 de

¹¹³⁹ Villar Cañada, I. M. (2016). Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (400), 47-72.

noviembre; es decir, en el momento que no existía esa libertad para unirse (bien como pareja de hecho o bien como matrimonio), se entraba a valorar si la causa que impedía el trato igual iba o no en contra de los principios y reglas constitucionales para determinar *la legitimidad del distinto tratamiento entre matrimonio y pareja de hecho, en este caso, para el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social*¹¹⁴⁰.

así pues en el Fundamento Jurídico 3 de la STC 184/1990¹¹⁴¹, de 15 de noviembre, se establecía que “...por imperativo del artículo 14, sea acreedora del mismo tratamiento que el dispensado por el legislador a quienes, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1, contraigan matrimonio...y siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitraria o carente de fundamento”; en el mismo sentido establece que el legislador puede extender a las uniones estables de hecho los beneficios de la pensión de viudedad pero que, al no hacerlo así, no

¹¹⁴⁰ Villar Cañada, I. M. (2016). Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (400), 47-72.

¹¹⁴¹ En el mismo sentido las SSTC 38/1991, de 14 de febrero, 64/1994, de 28 de febrero, y 126/1994, de 25 de abril.

lesiona el artículo 14 de la Constitución Española en cuanto al principio de Igualdad¹¹⁴² se refiere¹¹⁴³.

Lo habitual era, pues, que se negara el acceso a la prestación por viudedad al miembro supérstite de la pareja de hecho independientemente de que la convivencia se hubiese mantenido a lo largo de los años e independientemente de la existencia o no de hijos fruto de esa relación; en materia de derecho a la Seguridad Social se aplica la legislación vigente en el momento en el que se produce el hecho causante¹¹⁴⁴ y, por tanto, si no existía matrimonio anterior no se tenía derecho a la percepción de la pensión de viudedad. En la STS de 19 de noviembre de 1998¹¹⁴⁵ el Tribunal Supremo estableció que, a efectos de la pensión de viudedad, la convivencia *more uxorio* no era equiparable al matrimonio y que, por tanto, solo se le podría reconocer el derecho a la viudedad a aquellos sujetos que no hubiesen podido contraer matrimonio por impedimento legal. Esta era la posición que mantenía la gran mayoría de los órganos judiciales españoles que entendían que la reforma del Código Civil llevada a cabo tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, no permitía el acceso a la pensión de viudedad a las parejas no casadas¹¹⁴⁶; en el mismo sentido operó la STS de 3 de

¹¹⁴² Ureña Martínez, M. (2015). Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del tribunal constitucional. *Derecho Privado y Constitución*, 23(29), 347-388.

¹¹⁴³ Barcelón Cobedo, S. (2016). La actualización del régimen jurídico de la pensión de viudedad. Cuestiones nucleares. *Trabajo y Derecho* (23).

¹¹⁴⁴ STS de 2 de junio de 2005, Número de Recurso 1708/2004.

¹¹⁴⁵ Número de Recurso 53/1998.

¹¹⁴⁶ STSJ Baleares, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2007.

mayo de 2007¹¹⁴⁷ en la que el Tribunal Supremo¹¹⁴⁸ niega la pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja de hecho¹¹⁴⁹.

En el ATC 222/1994, de 11 de julio, ya establecía el Tribunal Constitucional que *"la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 Constitución Española, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales (SSTC 184/1990 y 66/1994), aclarando además que, "[d]entro de ese amplio margen de apreciación, el legislador en la LGSS de 1994 decidió perfilar una pensión de viudedad que si bien, como este Tribunal ha tenido ocasión de señalar, no responde a la existencia de una situación de necesidad, sino "a la compensación de un daño cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges)".*

¹¹⁴⁷ Número de Recurso 140/2006.

¹¹⁴⁸ Reiterada por STS, Sala de lo Social, de 29 octubre 2007. Número de Recurso 4744/2006.

¹¹⁴⁹ Pérez Ureña, A. (2017). Las parejas de hecho y la pensión de viudedad, a la luz de la reciente praxis judicial. Elderecho.com. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/parejas-pension-viudedad-reciente-judicial_11_787930001.html. (Consultado el 30 de marzo de 2017).

3.3.1.2 La solución tras la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

La exigencia de la existencia de vínculo matrimonial para poder acceder a la pensión de viudedad ha sido cuestionada de manera continuada a lo largo de estos últimos años dados, como ya he mencionado, los cambios producidos en la sociedad y en el modelo de familia tradicional; en relación con el tema que me ocupa y la vulneración del principio de Igualdad promulgado en el artículo 14 de la Constitución Española, en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional ha establecido que el requisito de la existencia de matrimonio formal era imprescindible para acceder a la pensión de viudedad, si bien es cierto que el mismo ha aceptado que esta exigencia no era la única situación que lo permitía constitucionalmente, de modo que dejaba la puerta abierta para que el legislador estableciese la posibilidad de regular la concesión de la pensión de viudedad para las uniones de hecho lo que ocurre a partir del 1 de enero de 2008 con la aprobación de la Ley 40/2007¹¹⁵⁰.

La Disposición final sexta de la Ley 40/2007 establecía que la citada ley entraría en vigor el día 1 del mes siguiente a su publicación en el BOE, es decir, el 1 de enero de 2008, ahora bien, reconocía en su Disposición adicional tercera que *“Con carácter excepcional, se reconocerá el derecho a la pensión de viudedad cuando habiéndose*

¹¹⁵⁰ Molins García-Atance, J. (2008). La pensión de viudedad tras la ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1(6), 95-125.

producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurren una serie de circunstancias...” tales como que no se hubiese podido causar derecho a percepción a la pensión de viudedad tras la muerte del causante, que hubiese formado pareja de hecho con quien es solicitante de la prestación de manera ininterrumpida por un periodo de tiempo no inferior a seis años, que tuviesen hijos en común, que el solicitante no tuviese derecho a la percepción de otra pensión de la Seguridad Social y que se solicitara en un periodo de doce meses desde la entrada en vigor de la ley¹¹⁵¹; en este caso, el supuesto legal permitía la aplicación con carácter retroactivo de la norma que permitía volver a pedir la concesión de la pensión incluso en el caso de que, con anterioridad, hubiese sido denegada por vía judicial¹¹⁵² y, aunque se intentaba dar solución a los casos de desprotección de la norma anterior¹¹⁵³, lo que en realidad supuso fue la diferenciación de trato entre las parejas de hecho anteriores y posteriores a la Ley 40/2007¹¹⁵⁴.

A partir de la aprobación de la Ley 40/2007 aparece un nuevo concepto legal de lo que se entiende por pareja de hecho y, así, establece como tal *“la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal,*

¹¹⁵¹ Fernández Collados, M. B. (2015). El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española. *Revista Internacional y Comparada De Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, 3(3), 237-250.

¹¹⁵² Alarcón Castellanos, M. d. M., y Roldán Martínez, A. (2009). Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (319), 97-120.

¹¹⁵³ Molins García-Atance, J. (2008). La pensión de viudedad tras la ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1(6), 95-125.

¹¹⁵⁴ Fernández Collados, M. B. (2015). El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española. *Revista Internacional y Comparada De Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, 3(3), 237-250.

*por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años*¹¹⁵⁵, de hecho, es a partir de la aprobación de la Ley 40/2007 cuando se establece un antes y un después en los problemas derivados de la pensión de viudedad en relación al tipo de familia (que a esas alturas está muy lejos de entenderse como se hacía en la década de los '80), pero que sí exige una relación de convivencia estable y notoria así como registrada para considerarse la posibilidad de acceder a la prestación¹¹⁵⁶. El principal avance con la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, es la ampliación de los beneficiarios a la pensión de viudedad reconociendo como tales a determinadas parejas de hecho que serán las que reúnan los expresos requisitos regulados legalmente por el TRLGSS¹¹⁵⁷; en palabras del propio Tribunal Constitucional en su STC 40/2014, de 11 de marzo, “...*la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas registradas al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o*

¹¹⁵⁵ Álvarez Cuesta, H. (2009). Uniones de hecho y su incidencia en la seguridad social. *Actualidad Laboral*, (19), 2.

¹¹⁵⁶ Espín Sáez, M., y Espada Mallorquín, S. (2008). A vueltas con el matrimonio como presupuesto para generar el derecho a la pensión de viudedad. *Revista De Derecho Social*, (41), 145-159.

¹¹⁵⁷ Pérez Ureña, A. (2017). *Las parejas de hecho y la pensión de viudedad, a la luz de la reciente praxis judicial*. Elderecho.com. Disponible en: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/parejas-pension-viudedad-reciente-judicial_11_787930001.html (Consultado el 30 de marzo de 2017).

que han formalizado su relación en documento público en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan el aludido requisito de convivencia...", entendiendo el Alto Tribunal "...que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las "parejas de derecho" y no a las genuinas "parejas de hecho". El Tribunal Constitucional no reconoce la desigualdad existente entre las parejas de hecho reconocidas y las que no lo son, ya que establece que no existe trato diferenciado porque unas están reconocidas legalmente y las otras (las que no cumplen los requisitos legales), no.

El principio de igualdad deja de ser efectivo desde el momento en el que el legislador establece diferencias en lo que se refiere a los requisitos que se deben cumplir a la hora de acceder a la prestación en sí y que se basa y depende de la existencia real o no del vínculo matrimonial entre el causante y el beneficiario¹¹⁵⁸. Como ya desglosaré más adelante, las características que hacen posible la existencia de diferenciación de trato son, por un lado, los requisitos de convivencia estable, notoria e ininterrumpida entre el beneficiario y el causante y, por otro lado, el carácter inmediato al fallecimiento de dicha convivencia¹¹⁵⁹

La formación de los grupos familiares tienen lugar fundamentalmente a través de la pareja, entendida como la unidad básica de convivencia

¹¹⁵⁸ Villar Cañada, I. M. (2016). Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (400), 47-72.

¹¹⁵⁹ Es un modo de establecer que "...el divorcio de la pareja de hecho...al condicionar la prestación a que la convivencia sea hasta la muerte", STSJ de Madrid número 104/2011, de 8 de febrero. Lo que quiere decir que, efectivamente, la convivencia en parejas de hecho es un requisito indispensable.

*compuesta por la unión de dos personas que deciden compartir su vida, con independencia de que entre ellas exista vínculo matrimonial...son admitidas, hoy en día, las configuradas desde el matrimonio como las formadas a partir de una unión de hecho*¹¹⁶⁰.

Podemos entender la cohabitación¹¹⁶¹ como una figura asimilada al matrimonio (en la materia en la que nos ocupa), que establece una serie de criterios para que sea entendida como tal, así pues, los sujetos deberán tener una residencia en común, cierta duración de la relación y, por supuesto, exclusividad en la pareja¹¹⁶².

Otra diferencia significativa a la hora de acceder a la prestación es que en el caso de las parejas de hecho únicamente el cónyuge del causante puede beneficiarse de la pensión de viudedad cuando existe una probada dependencia económica, sin tener en cuenta que la razón de ser de la pensión de viudedad, en esencia, es la de compensar la economía del cónyuge superviviente para que no pierda nivel adquisitivo por lo que la finalidad de la prestación deja de ser la misma en ambos casos, dejando entrever ya uno de los principales problemas en lo que al principio de Igualdad se refiere¹¹⁶³; hay que recordar que *la pensión de viudedad se justifica en la solidaridad patrimonial entre los cónyuges*

¹¹⁶⁰Blázquez Agudo, E. M. (2005). *Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social*. Página 55. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

¹¹⁶¹ En este supuesto también se incluyen todas aquellas uniones de hecho que nacen por personas que han roto su vínculo matrimonial y que, más tarde, aunque unidas de nuevo no desean formalizarlo otra vez.

¹¹⁶² Entre otros, Blázquez Agudo, E. M. (2005). *Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social*. Página 57. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

¹¹⁶³ Villar Cañada, I. M. (2016). Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (400), 47-72.

*que rige durante el matrimonio, procurando que dicha solidaridad siga después de la muerte de uno de ellos*¹¹⁶⁴.

Una vez delimitados los conceptos anteriores se debe hacer mención al artículo 39¹¹⁶⁵ de la Constitución Española, donde queda claramente delimitada la obligación estatal¹¹⁶⁶ de la protección de la familia y el deber de ayuda mutua de los miembros de la misma y en la que, en ningún momento, establece como obligatorio contraer matrimonio para que estos dos hechos dejen de ostentar su obligatoriedad (debo mencionar que el citado artículo 39 de la Constitución Española se encuentra ubicado en el capítulo III “*De los principios rectores de la política social y económica*” Título I “*De los derechos y de los deberes fundamentales*”).

A partir de ahí, una de las principales novedades que incorporó la Ley 40/2007¹¹⁶⁷ de Medidas de la Seguridad Social fue considerar a los sobrevivientes de parejas de hecho como beneficiarios de la pensión de viudedad siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos¹¹⁶⁸

¹¹⁶⁴ Pérez Alonso, M.A., (2013). *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS*. Valencia. Tirant lo Blanch. Página 13.

¹¹⁶⁵ “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

¹¹⁶⁶ Ya implícita directamente en el artículo 1 de la Constitución Española cuando nos define como un “*Estado Social y Democrático de Derecho*” y estudiado en varias ocasiones a lo largo de este estudio.

¹¹⁶⁷ Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

¹¹⁶⁸ El fallecimiento debe ser posterior al 1 de enero de 2008; debe existir la inscripción de la pareja de hecho en alguno de los registros de CCAA o Ayuntamientos; debe existir convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años; acreditar que ninguno de los componentes estaba impedido para contraer matrimonio ni tenía vínculo matrimonial con otra persona;

que, hasta entonces, nos hacía enfrentarnos a una situación de injusticia material flagrante¹¹⁶⁹, aunque se tratara de un supuesto de hecho constitucionalmente legítimo¹¹⁷⁰.

Una de las cuestiones más controvertidas en la materia es el tiempo de convivencia entre las parejas de hecho *more uxorio*¹¹⁷¹ que aparece tras la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que regula el acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho y, en relación a ella, el Tribunal Constitucional declaró en Sentencia del año 2013¹¹⁷² inconstitucional y nula la letra c) de la disposición adicional tercera de dicha ley en la que se exigía que los convivientes tuviesen hijos para poder acceder a la pensión¹¹⁷³.

A tal efecto, la STC 41/2013, de 14 de febrero, declaró inconstitucional la exigencia legal que la Ley 40/2007 hacía a las parejas de hecho en la que establecía que para tener derecho de acceso a la prestación debían de tener hijos en común; entre otras causas porque este era un requisito imposible de exigir, por ejemplo, a las parejas del mismo sexo

Carmona Ruiz, A., y Montero Martín, S. (2013). *Prestaciones de la seguridad social*. Antequera Málaga: IC Editorial. 341.

¹¹⁶⁹ Monereo Pérez, J.L. (2008). *Las contingencias comunes protegidas por la seguridad social: Estudio de su régimen jurídico: Actualizado con las novedades introducidas por la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social*. Granada: Comares, 271.

¹¹⁷⁰ Ya que se exigía el vínculo matrimonial.

¹¹⁷¹ Ureña Martínez, M. (2015). Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del tribunal constitucional. *Derecho Privado y Constitución*, 23(29), 347-388.

¹¹⁷² Letra c) de la disposición adicional tercera declarada inconstitucional y nula por Sentencia TC (Sala Pleno) de 19 de febrero de 2013.

¹¹⁷³ Maneiro Vázquez, Y. (2013). La acreditación del vínculo y de la convivencia *more uxorio* en las parejas de hecho: Una aproximación jurisprudencia (1). *Actualidad Laboral*, (5), 3.

y, por tanto, se entendía que sí vulneraba el principio de Igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución Española¹¹⁷⁴.

La STC 40/2014, de 11 de marzo, resuelve la cuestión de constitucionalidad¹¹⁷⁵ con respecto al párrafo quinto del artículo 174.3¹¹⁷⁶ del antiguo TRLGSS de 1994¹¹⁷⁷; el Estado es, según el Tribunal Constitucional, el titular de la potestad de regular el régimen

¹¹⁷⁴ Fernández Collados, M. B. (2015). El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española. *Revista Internacional y Comparada De Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, 3(3), 237-250.

¹¹⁷⁵ Párrafo quinto del artículo 174.3 del anterior TRLGSS de 1994, declarado inconstitucional y nulo por Sentencia (Sala Pleno) TC 40/2014, de 11 marzo, con los efectos señalados en su fundamento jurídico 6. El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencias de 4 de mayo y 4 de junio de 2013, ha acordado admitir a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad números 2253/2013, 2255/2013 y 2256/2013, en relación con los párrafos cuarto y quinto del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 12 junio). Téngase en cuenta que por Autos de 7 abril 2014, se ha acordado declarar la extinción de dichas cuestiones de inconstitucionalidad por desaparición sobrevenida de su objeto (BOE 12 abril 2014).

¹¹⁷⁶ "3. Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el apartado 1 de este artículo, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente. Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones. A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica."

¹¹⁷⁷ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Vigente hasta el 02 de Enero de 2016).

jurídico de la Seguridad Social y, por tanto, la pensión de viudedad de modo que a él le corresponde establecer cuáles son los requisitos para que las parejas de hecho puedan tener acceso a la pensión de viudedad, si bien es cierto que dentro de su potestad debe ser garante del principio de Igualdad de trato y debe prohibir la arbitrariedad por lo que se determinó (en relación a las Comunidades Autónomas), que el domicilio del solicitante de la pensión de viudedad no debía suponer un trato diferenciado por el mero hecho de poseer Derecho Civil propio razón por la que el párrafo quinto del artículo 174.3 del antiguo TRLGSS fue declarado inconstitucional ya que se consideró que atentaba contra el principio de Igualdad regulado en el artículo 14 de la Constitución Española¹¹⁷⁸, por lo que la citada Sentencia terminará anulando la remisión a las leyes autonómicas para la determinación de las parejas de hecho a efectos de la pensión de viudedad, ahora bien, las SSTC 45/2014 y 51/2014, de 7 de abril, sí pasaron a considerar constitucional el requisito previo de inscripción en el registro de la pareja de hecho o su constitución en documento público¹¹⁷⁹.

En base a estas consideraciones el Tribunal Constitucional establece que *“...la existencia de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el artículo 14 de la Constitución*

¹¹⁷⁸ Borrajo Dacruz, E. (2014). Glosa judicial. pensión de viudedad y parejas de hecho, medios de prueba admisibles de la existencia de dicha situación y comunidades autónomas: Comentario a la STC, pleno, 40/2014, de 11 de marzo. *Actualidad Laboral*, (6), 6.

¹¹⁷⁹ Molina Navarrete, C. (2016). El «modelo español» de seguridad social en la jurisprudencia constitucional: De la «consolidación continuista» al «inmovilismo regresivo». *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (4)

Española, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar que a otras unidades convencionales¹¹⁸⁰”.

Las parejas heterosexuales que no habían contraído matrimonio quedaban excluidas del acceso a la pensión de viudedad ya que, pudiendo contraer el mismo, no lo hacían porque no lo consideraban oportuno¹¹⁸¹, de modo que en el mismo caso se encuentran ahora las uniones homosexuales.

Tras toda ésta aclaración el Tribunal Constitucional deja muy claro que debe ser el propio legislador el que establezca los términos del cambio en la concesión de este tipo de prestaciones ya que la ley no recoge la posibilidad de acceder a ellas si no es mediante el previo matrimonio de los integrantes de la pareja.

Finalmente, y en base a las razones expuestas, el Tribunal Constitucional decide desestimar la demanda de amparo del demandante ya que no entiende vulnerado el derecho a la Igualdad del artículo 14 de la Constitución Española aunque con el voto particular de Ortega Álvarez al que se adhieren Asua Batarrita, Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos.

Es cierto que, a partir de la aprobación de la ley 40/2007, de 4 de diciembre¹¹⁸², se produce una adecuación a la situación familiar actual y, por tanto, contempla varias posibilidades que, hasta entonces, no se

¹¹⁸⁰ SSTC 92/2014, de 10 de junio, 93/2014, de 12 de junio, 115/2014, de 8 de julio y 157/2014, de 6 de octubre.

¹¹⁸¹ STC 184/1990 en su Fundamento Jurídico número 1, de 15 de noviembre.

¹¹⁸² Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

barajaban ni por la Ley ni por la jurisprudencia acercando, un poco más, nuestro ordenamiento jurídico al respeto por el derecho a la igualdad en materia de Seguridad Social de tal modo que se conseguía ampliar, por ejemplo, la pensión de viudedad¹¹⁸³ de algunas parejas de hecho¹¹⁸⁴.

Cierto es que con el paso de los años nuestro ordenamiento jurídico y nuestro sistema de Seguridad Social van adaptándose a los cambios sociales que se producen a nuestro alrededor y si bien es cierto que, como hemos podido observar, se ha producido un avance al respecto, todavía distamos de la consecución total de la igualdad ante la Ley en lo que a parejas se refiere ya que sigue primando la existencia de una serie de requisitos ineludibles que han de ser demostrados, aunque debo apuntar que, por otro lado, es algo totalmente lógico ya que debe existir algún modo de acreditar las situaciones para poder hacer las comprobaciones oportunas antes de conceder la pensión de viudedad en parejas de hecho.

Volviendo al principio, es cierto que a partir de la Ley 40/2007 aparece un nuevo criterio que permite el acceso a la pensión a un número mayor de sujetos, pero también es cierto que se establecen una serie de requisitos mucho más rígidos que para los individuos unidos en matrimonio por lo que la igualdad efectiva no es tal, lo que hace que la Universalidad sea relativa.

¹¹⁸³ Poquet Catalá, R. (2013). El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿una realidad? *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (119), 157-190.

¹¹⁸⁴ No de todas. Ya se expuso cuáles eran los requisitos que éstas debían cumplir para poder acceder a la prestación.

Comparando el acceso a la pensión de viudedad entre parejas de hecho y matrimonios hay que decir que no se ha producido una igualdad real en la regulación del acceso a la prestación, entre otras causas, por la posibilidad que el legislador entiende que existe de la creación fraudulenta¹¹⁸⁵ de parejas de hecho con el único fin de que se conceda la pensión de viudedad¹¹⁸⁶; así pues, la doctrina del Tribunal Constitucional sigue entendiendo que el legislador puede establecer un criterio de convivencia *more uxorio*, diferenciando el reconocimiento jurídico de manera distinta a la establecida para el matrimonio reconociendo sus límites *en la propia esencia de la unión de hecho*¹¹⁸⁷. Basándose en este criterio, el legislador, en el artículo 221 del TRLGSS establece, además de los requisitos de alta y cotización

¹¹⁸⁵ Expresado dicho temor en la Ley 40/2007. Para este asunto, el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, por entender que pudiera ser contrario al art. 14 CE. El TC, en el Fundamento Jurídico número 1 de la Sentencia 41/2013, de 14 de febrero, establece que “*Dicha disposición, bajo el epígrafe “Pensión de viudedad en supuestos especiales”, establece lo siguiente: “Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurren las siguientes circunstancias: a) Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad. b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente Ley, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste. c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. e) Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición.”*. La STC 41/2013, de 14 de febrero, falla “*Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar inconstitucional y nula la letra “c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes”, de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*”.

¹¹⁸⁶ Maneiro Vázquez, Y. (2013). La acreditación del vínculo y de la convivencia *more uxorio* en las parejas de hecho: Una aproximación jurisprudencia (1). *Actualidad Laboral*, (5), 3.

¹¹⁸⁷ STC 93/2013, de 23 de abril.

comunes a ambas situaciones (matrimonio y unión de hecho), *la dependencia económica del beneficiario respecto del fallecido*¹¹⁸⁸.

Hay que resaltar que en lo que a la pensión de viudedad se refiere para poder adaptar nuestro sistema de Seguridad Social y que podamos hablar de un sistema que trate a todos por igual sin distinción alguna para, así, no vulnerar el principio de Igualdad y poder conseguir una Universalidad total queda camino; cierto es que el legislador ha realizado numerosas reformas tratando de adecuarse a los cambios en la sociedad actual con respecto a la de hace algunas décadas, también es cierto que los órganos judiciales intentan realizar interpretaciones favorables al respecto, pero también es cierto que la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española en cuanto a la pensión de viudedad no siempre es apreciada por el Tribunal Constitucional, ya que habrá que atender a las circunstancias del caso concurrente, pues no todos los tratos desiguales vendrán motivados por una desigualdad real; ya que, como señalé al principio del presente Capítulo, sólo existirá discriminación con vulneración del principio de Igualdad cuando el trato no esté justificado objetiva y razonablemente, de lo que se deriva la necesidad de análisis a cada caso concreto. En tal sentido, podríamos decir que *la normativa reguladora se ha visto desbordada por la realidad social*¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁸ Fernández Collados, M. B. (2015). El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española. *Revista Internacional y Comparada De Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, 3(3), 237-250.

¹¹⁸⁹ Villar Cañada, I. M. (2016). Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (400), 47-72.

La pensión de viudedad, en principio, no pretende proteger un estado de necesidad¹¹⁹⁰ propio, sino compensar la carencia económica generada al cónyuge superviviente¹¹⁹¹ por la merma de los ingresos a la unidad familiar que aportaba el cónyuge premuerto y hay que resaltar que dicha pretensión no opera en el caso de las parejas de hecho a las que se les exige, a diferencia con el caso de quienes hayan contraído matrimonio, la justificación de la carencia de rentas¹¹⁹² para poder ser perceptor de la pensión de viudedad¹¹⁹³. Un sector de la doctrina ha entendido esta situación discriminatoria¹¹⁹⁴ y, por tanto, vulneradora del principio de Igualdad y de la Universalidad real del sistema de Seguridad Social.

En definitiva, el derecho a la percepción de la pensión de viudedad entre matrimonios y parejas de hecho no ha supuesto una equiparación total dentro del sistema aunque, como ya he dicho, el Tribunal

¹¹⁹⁰ SSTC 77/1991, de 11 de abril y 29/1992, de 9 de marzo.

¹¹⁹¹ STC 184/1990, de 15 de noviembre.

¹¹⁹² Blázquez Agudo, E. M., y Presa García-López, R. (2014). Pensión de viudedad para las parejas de hecho: Evolución normativa y jurisprudencial. *Nueva Revista Española De Derecho Del Trabajo*, (168), 157-196.

¹¹⁹³ En el artículo 221.1 del TRLGSS: "1. Cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el artículo 219, tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encuentre unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente. Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos por mínimos de pensiones establecidos en el artículo 59".

¹¹⁹⁴ Fernández Collados, M. B. (2015). El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española. *Revista Internacional y Comparada De Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, 3(3), 237-250.

Constitucional no entiende que ello suponga una vulneración del principio de Igualdad; finalmente, es el TRLGSS quién determina, en lo referente al acceso a la pensión de viudedad, qué se entiende por pareja de hecho y cuáles son los requisitos que deben cumplir y lo hace conforme al artículo 221.2¹¹⁹⁵ del TRLGSS.

El Tribunal Constitucional ha entendido desde un primer momento que no existe vulneración del principio de Igualdad y creó la doctrina sentada por STC 184/1990, que todavía hoy en día¹¹⁹⁶ sigue en aplicación¹¹⁹⁷, en la que estableció que *“el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidad equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio es un derecho constitucional...nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”*.

Las claras diferencias de regulación de la pensión de viudedad entre los sujetos que han celebrado matrimonio y los que han optado por la

¹¹⁹⁵ “2. A efectos de lo establecido en este artículo, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años.

La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

¹¹⁹⁶ Como, por ejemplo, en STC 29, 30, 31, 35, 38. y 77 de 1991; STC 29/1992; STS de 12 de septiembre de 2005 (Número de Recurso 980/2002); STS de 19 de octubre de 2006 (Número Recurso 4985/1999); la STS de 16 de junio de 2011 (Número Recurso 10/2008).

¹¹⁹⁷ Ureña Martínez, M. (2015). Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del tribunal constitucional. *Derecho Privado y Constitución*, 23(29), 347-388.

unión como pareja de hecho son más que evidentes y desiguales entre sí¹¹⁹⁸; *la línea entre el amplio margen de libertad otorgado al legislador para configurar el sistema de Seguridad Social y la garantía del principio constitucional de Igualdad se aprecia, pues, difusa en materia de pensión de viudedad*¹¹⁹⁹ y en concreto en los temas que he tratado en el presente epígrafe.

3.3.2 La pensión de viudedad en uniones entre sujetos del mismo sexo.

En el caso de la Igualdad de derechos sin discriminación por razón de sexo dentro del matrimonio se produce un cambio importante a partir de la autorización para contraer matrimonio con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio con respecto a dicha institución en el que los formados por personas del mismo sexo pasan, directamente, a ser equivalentes e igualitarios con los matrimonios formados por personas de diferente sexo (dado que su reconocimiento es idéntico a partir de la aprobación de la Ley que permite el matrimonio entre personas homosexuales).

¹¹⁹⁸ Martínez Abascal, V. A. (2010). Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable? *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2(17), 59-90.

¹¹⁹⁹ Villar Cañada, I. M. (2016). Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (400), 47-72.

Sí se podría hablar de una posible discriminación *de las uniones de hecho homosexuales en el acceso a la pensión antes de la modificación del artículo 44 del Código Civil por la Ley 13/2015*¹²⁰⁰, de 1 de julio, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo ya que, antes de la citada reforma, solo las personas casadas accedían a la pensión de viudedad y, al no existir posibilidad de contraer matrimonio, era imposible poder adherirse a la prestación de viudedad por parte de las personas del mismo sexo que habían permanecido unidas por vínculo afectivo¹²⁰¹.

Las reformas legislativas de los últimos años han afectado de forma clara el régimen jurídico de la pensión de viudedad, por un lado para adaptarla al artículo 14 de la Constitución Española y, por otro, para adaptarla al artículo 44¹²⁰² del Código Civil tras la aprobación de la Ley 13/2005¹²⁰³, de 1 de julio, pero estas reformas no han supuesto una revisión total de la pensión de viudedad en sí, sino que han permitido realizar las modificaciones pertinentes para la adaptación a las nuevas circunstancias en lo que al alcance económico y los requisitos de acceso a la misma se refiere, de modo que a partir del momento en el que se modifica la regulación de los matrimonios en el Código Civil,

¹²⁰⁰ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

¹²⁰¹ Ureña Martínez, M. (2015). Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del Tribunal Constitucional. *Derecho Privado y Constitución (CEP)*, (29), 353.

¹²⁰² Hay que recordar que tras la reforma del Código Civil tras la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio se le otorga la misma validez y efectos al matrimonio cuando ambos cónyuges sean del mismo o de diferente sexo de modo que, a partir de ese momento, el matrimonio entre homosexuales y heterosexuales se equipara.

¹²⁰³ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

estamos un paso más cerca de la consecución de la Igualdad en lo que a esta prestación se refiere ya que, recordemos, la condición sexual no puede ser considerada como justificante de un trato desigual a supuestos de hecho idénticos. Antes de la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, parte de la doctrina había defendido el acceso a la pensión de viudedad a aquellos sujetos que no habían podido contraer matrimonio por impedimento legal debido a su condición sexual¹²⁰⁴ aplicando, por analogía, la disposición adicional 10^a¹²⁰⁵ de la Ley 30/1981¹²⁰⁶ equiparando a lo ocurrido en el caso de que uno de los integrantes de la pareja fuese transexual y hubiese fallecido antes de la llegada de la sentencia que confirmaba su cambio de sexo. Hasta la aprobación de la Ley 13/2005, las personas del mismo sexo no tenían derecho de acceso a la institución del matrimonio¹²⁰⁷ por lo que,

¹²⁰⁴ Gutiérrez Pérez, M. (2006). Pensión de viudedad y la nueva ley de matrimonios homosexuales. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (1), 191-204.

¹²⁰⁵ "Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social, regirán las siguientes normas: 1^a. A las prestaciones de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación judicial o divorcio. 2^a. Quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedirselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se hace referencia en el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente. 3^a. El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio. 4^a. Los que se encuentren en situación legal de separación tendrán los mismos derechos pasivos respecto de sus ascendientes o descendientes que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio."

¹²⁰⁶ Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

¹²⁰⁷ Sesma Bastida, B. (2005). Extensión en la cobertura de la pensión de viudedad ante nuevas realidades sociales: Uniones de hecho y matrimonio homosexual. *Actualidad Laboral*, (1), 620-630.

obviamente, se encontraban desprotegidos ante ciertas situaciones¹²⁰⁸, como era el caso de la percepción de la pensión de viudedad¹²⁰⁹.

Tras permitir el acceso al matrimonio a personas del mismo sexo se planteaba un problema de constitucionalidad¹²¹⁰: si permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo contradecía el artículo 32.1 de la Constitución Española, que establece que “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*”, ya que se podría interpretar como reservado el derecho a personas de distinto sexo; al respecto se pronunció el Tribunal Constitucional en su STC 198/2012, de 6 de noviembre, en la que el Alto Tribunal admitía la existencia de diversas modalidades para regular la unión entre personas del mismo sexo y entendiendo que la opción al matrimonio regulada por el legislador respetaba, sin lugar a dudas, la Constitución y que el mismo es una garantía institucional y, a la vez, un derecho constitucional que no se desvirtúa por introducir la posibilidad de acceso a personas del mismo sexo debiendo adecuar la sociedad a los cambios que se han ido generando a lo largo de los años y que ello no conlleva que la institución del matrimonio se haya desvirtuado ya que conserva sus notas esenciales: la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la personas de la propia elección y la manifestación de esa voluntad. El Tribunal Constitucional entiende

¹²⁰⁸ Gutiérrez Pérez, M. (2006). Pensión de viudedad y la nueva ley de matrimonios homosexuales. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (1), 191-204.

¹²⁰⁹ Martínez Barroso, M.R. (2008). Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social. *Revista Jurídica De Castilla y León*, (17), 117-176.

¹²¹⁰ Recurso planteado por 61 diputados del Partido Popular.

que la reforma llevada a cabo por el legislador es correcta y se adecúa a la Constitución, al derecho comparado, a la doctrina jurídica, a la jurisprudencia de los órganos internacionales y la percepción actual de la sociedad en general¹²¹¹; es decir, que la aceptación de la inconstitucionalidad de la Ley supondría una vulneración al principio de Igualdad totalmente injustificada; si lo que pretendemos es garantizar la Igualdad entre las personas y no atentar contra dicho principio por razón de sexo la reforma realizada por el legislador en materia de acceso al matrimonio era totalmente constitucional. Tras esta Sentencia, el Tribunal Constitucional deja clara cuál es su postura al respecto de los matrimonios entre personas del mismo sexo por lo que el conflicto queda solucionado y el trato debe ser igualitario.

Encontramos jurisprudencia abundante en dicha materia. Me gustaría prestar principal atención a la STC 92/2014¹²¹², de 10 de junio de 2014¹²¹³ y a la STC 93/2014, de 10 de junio de 2014¹²¹⁴; en ambas, el Tribunal Constitucional, recalca su postura al respecto¹²¹⁵.

En la STC 93/2014 se expone el problema de una supuesta vulneración del derecho a la Igualdad ya que no se reconocieron pensiones de viudedad a los supérstites de una unión homosexual que no se habían

¹²¹¹ Villanueva Turnes, A. (2014). Análisis jurídico de la sentencia del tribunal constitucional 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. *Revista De Estudios Jurídicos*, (14)

¹²¹² Ureña Martínez, M. (2015). Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del tribunal constitucional. *Derecho Privado y Constitución*, 23(29), 347-388.

¹²¹³ BOE núm. 162, de 4 de julio de 2014.

¹²¹⁴ BOE núm. 162, de 4 de julio de 2014.

¹²¹⁵ Blasco Lahoz, J. F. (2015). Pensión de viudedad y matrimonio homosexual (a propósito de las SSTC 92/2014,115/2014 Y 157/2014). *Revista De Derecho De La Seguridad Social*, (2), 157-175.

formalizado mediante matrimonio o inscripción como parejas de hecho. Lo que el demandante alegaba en relación a la vulneración de su derecho a la Igualdad del artículo 14 de la Constitución era que haber contraído matrimonio (en el que el derecho a la pensión de viudedad supone una protección del mismo¹²¹⁶), no puede suponer un tratamiento desfavorable para aquellos que opten por no contraerlo; el demandante expone que las pensiones de la Seguridad Social no se entienden como técnicas de protección del matrimonio, por lo que no parece razonable introducir el mismo como requisito para determinar la concesión o no de una determinada pensión. El demandante había convivido más de cuarenta años con el fallecido y alega que en el momento del comienzo de la convivencia no era posible el matrimonio homosexual¹²¹⁷; tanto el Ministerio Fiscal como el INSS¹²¹⁸ pedían que se desestimase el recurso de amparo.

Muy similar es el caso contenido en la STC 92/2014 por lo que recurren a dicha sentencia que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad número 693-2013 y en la que el Tribunal Constitucional recuerda lo que expresamente establecen los artículos 219¹²¹⁹ y 221¹²²⁰ de la Ley

¹²¹⁶ Piñeyroa de la Fuente, A.J. (2008). *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de Igualdad : (en el sistema español de seguridad social)*. Madrid: Reus, 91.

¹²¹⁷ Recordemos que en España es válido a partir de la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio con su entrada en vigor el 5 de julio del mismo año.

¹²¹⁸ Instituto Nacional de Seguridad Social.

¹²¹⁹ Artículo 174 de la antigua redacción del TRLGSS.

¹²²⁰ "1. Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente de alguna de las personas a que se refiere el artículo 217.1, siempre que si el sujeto causante se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que esta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin

General de Seguridad Social¹²²¹; en el Fundamento Jurídico 5º de la STC 92/2014 el Tribunal Constitucional establece que *"la eventual contradicción, por parte del precepto sometido a nuestro enjuiciamiento, con el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual que proscribía el segundo inciso del artículo 14 Constitución Española, se circunscribe a un aspecto concreto, cual es que solamente los cónyuges podrían ser beneficiarios de la pensión de viudedad y, en consecuencia, a los miembros de parejas de hecho homosexuales les estaba vetado acceder a esa prestación, puesto que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005¹²²², aquéllos no podían contraer vínculo matrimonial"* y termina diciendo que *la existencia de libertad ampara contraer matrimonio es un factor que permite justificar, adicionalmente, ese distinto tratamiento*", lo que aclara la postura del Tribunal Constitucional al respecto entendiendo que, efectivamente, el matrimonio sí que determina el derecho a percibir o no una pensión de viudedad; también es cierto que así lo establece literalmente el TRLGSS, aunque en el Fundamento Jurídico 6

obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización.

También tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años. 2. En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el artículo 221.2, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años."

¹²²¹ Actual artículo 219 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

¹²²² Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

del STC 92/2014 el Tribunal Constitucional realiza un estudio de la posibilidad de contraer matrimonio de los miembros de la pareja, ya que si hubiese existido algún impedimento para que se produjese, podría estudiarse la cuestión desde otra perspectiva diferente.

Con anterioridad a la ley que permite el acceso a la institución del matrimonio a parejas del mismo sexo sí podía entenderse vulnerado el principio de Igualdad ya que, independientemente de la convivencia de la pareja, era imposible acceder a la prestación de viudedad, ahora bien, con la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, se consigue una equiparación total de derechos en lo que a matrimonio se refiere y, por tanto, de acceso a la prestación de viudedad por lo que, como bien ha mantenido el Tribunal Constitucional, hoy en día no consienten contraer matrimonio por voluntad propia de las partes y no por impedimento legal. En base a esto sería coherente permitir el acceso a la prestación a aquellos sujetos que hubiesen convivido y no hubiesen tenido acceso al libre matrimonio por haber fallecido el causante antes de 2005 pero, del mismo modo, sería incoherente mantenerlo para las situaciones producidas a partir de la aprobación de la Ley 13/2005.

En cuanto a los mandatos internacionales y europeos hay que destacar que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 16, proclama el derecho de hombres y mujeres a contraer matrimonio así como el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce, asimismo, el derecho a hombres y mujeres a contraer matrimonio y formar una familia si bien es cierto que ninguno

de los dos instrumentos hace mención expresa a que se contraiga matrimonio cuando ambos contrayentes sean del mismo sexo; el Comité de Derechos Humanos¹²²³ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²²⁴ han reconocido que *el Derecho Internacional sólo garantiza el derecho a las uniones establecidas entre personas de distinto sexo*¹²²⁵.

Por el contrario, El Parlamento Europeo, en Resolución de 8 de febrero de 1994, pedía la protección de la convivencia entre sujetos del mismo sexo (bien a través del matrimonio o por cualquier otro instrumento), intentando, así, eliminar las discriminaciones basadas en la orientación sexual de las personas.

Es de resaltar que tanto la ONU como la Unión Europea han establecido principios internacionales con respecto a la homosexualidad, entre ellos los principios de Yogyakarta¹²²⁶ que hacen extensible la Declaración Universal de los Derechos Humanos a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero por lo que, a partir de este momento, podemos entender, sin duda, abierto el campo de aplicación de la Declaración a todos por igual¹²²⁷.

¹²²³ Como, por ejemplo, en el caso de 1999 Joslin vs. Nueva Zelanda.

¹²²⁴ Como, por ejemplo, en el caso Schalk y Kopf Vs. Austria.

¹²²⁵ www.actuall.com/criterio/familia/asi-impone-la-onu-soto-voce-el-matrimonio-homosexual/ (Consultada el 9 de mayo de 2017).

¹²²⁶ "Los Principios de Yogyakarta son una serie de principios sobre cómo se aplica la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Los Principios ratifican estándares legales internacionales vinculantes que los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente, donde todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, podrán ejercer ese precioso derecho adquirido al momento de nacer". <http://www.yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/> (Consultado el 9 de mayo de 2017).

¹²²⁷ Tras la celebración de una reunión de especialistas realizada en Yogyakarta, Indonesia, del 6 al 9 de noviembre de 2006.

En conclusión, en este caso nos encontramos con que España, a pesar de que no existen mandatos internacionales explícitos en la materia, ha decidido ampliar el campo de aplicación y, por tanto, tratar de abarcar a un mayor número de individuos dentro del principio de Igualdad y, por tanto, de Universalidad del sistema.

3.3.3 La pensión de viudedad en los matrimonios multiculturales.

Otro de los problemas que aparecen en nuestro ordenamiento jurídico es la multiculturalidad en los matrimonios ya que ello afecta, en contra de lo que a priori podría parecer, a muchos ámbitos del derecho, entre ellos el acceso a muchos de los derechos otorgados por nuestro sistema de Seguridad Social.

Creo que lo más acertado es intentar establecer cómo afecta la multiculturalidad en los matrimonios a la hora de acceder a la pensión de viudedad¹²²⁸, ya que creo que son las prestaciones por excelencia en la materia que me ocupa y que son las que relacionan el matrimonio y el derecho a las prestaciones de Seguridad Social de manera inequívoca; se encuentran reguladas en el Capítulo XIV del Real Decreto Legislativo 8/2015¹²²⁹ y se pueden definir como *“Las prestaciones por muerte y supervivencia están destinadas a compensar*

¹²²⁸ Que forma parte de las Prestaciones por muerte y supervivencia reconocidas dentro de nuestro sistema de Seguridad Social (en concreto en el Capítulo XIV, artículos 216 y ss. del 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.).

¹²²⁹ 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.

*la situación de necesidad económica que se produce, para determinados familiares, por el fallecimiento de un trabajador o pensionista*¹²³⁰”. Aquí nos encontramos con varios aspectos interesantes: por un lado los matrimonios entre o con extranjeros por ritos no reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico civil y, por tanto, los matrimonios consuetudinarios, especialmente el gitano, que, como bien es sabido, no siempre cuentan con la aprobación del mencionado ordenamiento jurídico interno y que trataré en el próximo epígrafe.

En la introducción quedó reseñada la obligación que nace del artículo 14¹²³¹ de nuestra Constitución Española que proclama la Igualdad de todos ante la Ley pero cabe recordar también que ese *todos* es entendido por nuestra norma suprema como *los españoles*, lo que significa que tienen derecho subjetivo de reposición a la situación de Igualdad¹²³² cuando ésta haya sido conculcada¹²³³.

Lo que defiende el principio de Igualdad en el ámbito de la protección familiar es muy claro: “...*debe tratarse idénticamente a todas las familias en las mismas circunstancias, en otras palabras, a iguales cargas y necesidades debe corresponder una prestación en idéntica cuantía. Los grupos familiares, que tengan las mismas carencias, serán*

¹²³⁰ Benavides Vico, A. (2011). *Guía de las prestaciones de la seguridad social: Desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad -orfandad*. Madrid: Lex Nova, 555.

¹²³¹ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

¹²³² Blázquez Agudo, E. M., (2005). *Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social*. Página 176. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

¹²³³ STC 19/1989, de 31 de enero.

*tratados de forma equivalente y recibirán igual protección*¹²³⁴”; se debe tener aquí en cuenta que, no obstante, los que tengan diferentes carencias serán tratados de manera distinta, es decir que por ejemplo, aquellos que tengan rentas menores podrán ser beneficiados por el sistema para así poder mantener una igualdad material¹²³⁵ y no formal¹²³⁶.

Ya hablé anteriormente de la necesidad manifiesta de mantener el criterio de suficiencia en las prestaciones y, en concreto, en las prestaciones familiares ya que las personas dependientes del cabeza de familia no deben ver mermadas sus capacidades económicas; a tenor del artículo 42¹²³⁷ del Convenio número 102¹²³⁸ de la OIT que establece las normas mínimas de la Seguridad Social y del que ya he hablado en diversas ocasiones en epígrafes anteriores, al menos se debe asegurar “...a todas las familias el suministro de alimentos para los hijos, vestido, vivienda y el disfrute de vacaciones o asistencia doméstica”¹²³⁹...”.

¹²³⁴Blázquez Agudo, E. M., (2005). *Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 176.

¹²³⁵Véase, por ejemplo, el trato mejorado que se establece para las familias numerosas o para aquellas que tienen algún hijo incapaz.

¹²³⁶La Igualdad formal vendría establecida si únicamente se tuvieran en cuenta las cargas familiares mientras que en la Igualdad material, además, se cuantifican las rentas de la unidad familiar.

¹²³⁷“Las prestaciones deberán comprender: (a) sea un pago periódico concedido a toda persona protegida que haya cumplido el período de calificación prescrito; (b) sea el suministro a los hijos, o para los hijos, de alimentos, vestido, vivienda y el disfrute de vacaciones o de asistencia doméstica; (c) o bien una combinación de las prestaciones mencionadas en a) y b).”

¹²³⁸C102 - Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102). *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)*.

¹²³⁹Blázquez Agudo, E. M., (2005). *Las prestaciones familiares en el sistema de la seguridad social*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 136.

En el caso de los extranjeros se debe revisar el artículo 9.2¹²⁴⁰ del Código Civil en consonancia con el imperativo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹²⁴¹, que hace que nazca un problema de derecho de Seguridad Social ya que en la multiculturalidad que nos aborda nos podemos encontrar con problemas tales como, por ejemplo, los matrimonios polígamos y de menores¹²⁴²; en el primer caso deberíamos determinar si existe algún vínculo determinante para obviar alguno de estos matrimonios¹²⁴³.

En España únicamente se reconocen los matrimonios monógamos y, de hecho, el artículo 46.2¹²⁴⁴ del Código Civil prohíbe directamente la posibilidad de contraer matrimonio a quienes ya se encuentren ligados con vínculo matrimonial anterior y, complementariamente, el artículo 73.2¹²⁴⁵ del mismo texto legal considera nulo el matrimonio que se celebre por una persona ya casada; en consonancia a esto debemos

¹²⁴⁰ “Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.”

¹²⁴¹ Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹²⁴² Recordemos que en España no están permitidos ninguno de los dos tipos de matrimonio mencionados (excepto en el caso de los menores de edad no emancipados o aquellos que hayan dado por finalizado un matrimonio anterior tal y como establece el artículo 43 del Código Civil), excepto si se han llevado a cabo fuera de nuestro territorio en un Estado dónde estén permitidos.

¹²⁴³ Torres Andrés, J. M., España. (2005). *La situación de los extranjeros en relación con el orden social*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 132.

¹²⁴⁴ “No pueden contraer matrimonio: 1º Los menores de edad no emancipados. 2º Los que estén ligados con vínculo matrimonial”.

¹²⁴⁵ “Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 1º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial. 2º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48. 3º El que se contraiga sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos”.

recordar también que el artículo 12.3¹²⁴⁶ del Código Civil que establece que la ley extranjera no tendrá aplicación en España cuando sea contraria al orden público; pues bien, la poligamia está tipificada como delito por nuestro Código Penal en su artículo 217¹²⁴⁷ por lo que desde este momento queda muy clara la postura de nuestro ordenamiento en referencia a los matrimonios poligámicos¹²⁴⁸, que es de rechazo.

El Tribunal Supremo declaró al respecto en STS de la Sala Penal de 31 de enero de 1986¹²⁴⁹ que *“el delito de bigamia supone un ataque frontal a la institución familiar, en cuanto que la misma tiene su fundamento en el matrimonio, y éste responde en nuestro país, al igual que en la mayoría de los países civilizados, a la concepción monogámica, lo que lleva al legislador a criminalizar la conducta del que contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior”*¹²⁵⁰.

Al margen de todo lo anterior, la creciente migración a nuestro país obliga a que nuestro ordenamiento jurídico dé respuesta a las controversias surgidas a tenor de este tipo de cuestiones; si interpretáramos la legislación interna de manera cerrada se debería solucionar el problema estableciendo que únicamente *los matrimonios celebrados sin contravenir nuestra legislación se pueden beneficiar de*

¹²⁴⁶ “3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

¹²⁴⁷ “El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”.

¹²⁴⁸ Díaz Aznarte, M. T. (2011). Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad? *Actas del I congreso internacional sobre migraciones en Andalucía* (1ª edición) Universidad de Granada, Instituto de Migraciones, 763-770.

¹²⁴⁹ Número Recurso 81/1981.

¹²⁵⁰ Ya mantenido en STS de 22 de diciembre de 1978.

las prestaciones por muerte y supervivencia; es decir, que sólo los matrimonios monógamos pueden provocar efectos jurídicos en las prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social¹²⁵¹.

Los matrimonios polígamos celebrados *en el extranjero por extranjeros que después adquieren la nacionalidad española, como los concluidos por españoles con extranjeros según la lex loci, son ineficaces para el ordenamiento jurídico español*¹²⁵². En la STS de 14 de julio de 2009¹²⁵³, por ejemplo, el Tribunal Supremo establecía que “...*la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna el orden público español*” y esto lo hace el Tribunal Supremo porque el orden público reconocido en el artículo 12.3¹²⁵⁴ del Código Civil se utiliza siempre como límite para permitir la aplicación del derecho extranjero en nuestro país.

Entre las razones por las que se alude al citado orden público podemos hablar de las siguientes¹²⁵⁵:

1. Se estaría violando el carácter monogámico del matrimonio establecido en nuestra Constitución.

¹²⁵¹ Díaz Aznarte, M. T. (2011). Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad? *Actas del I congreso internacional sobre migraciones en Andalucía* (1ª edición) Universidad de Granada, Instituto de Migraciones, 763-770.

¹²⁵² Soto Moya, M. (2016). Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: Derecho a la pensión de viudedad. *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, (3)

¹²⁵³ Número Recurso 5242/05.

¹²⁵⁴ “3. *En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.*”

¹²⁵⁵ Soto Moya, M. (2016). Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: Derecho a la pensión de viudedad. *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, (3)

2. Se atacaría al principio de Igualdad entre hombres y mujeres ya que la poligamia permite que un hombre contraiga matrimonio con varias mujeres pero no lo hace en el sentido contrario.

En otro orden de cosas y a tenor del artículo 17 de la Ley de Extranjería 4/2000, de 11 de enero, se permite la reagrupación familiar en España con un único cónyuge, si bien es cierto que no obliga a que sea el primero de ellos¹²⁵⁶, independientemente de que la ley personal del extranjero permita celebrar matrimonio poligámico si bien es cierto que para el ordenamiento jurídico español, en principio, el único matrimonio válido sería el celebrado en primer lugar¹²⁵⁷.

Independientemente de que, como ya he dicho, nuestro Derecho Civil no permita la unión poligámica y el Código Penal tipifique la bigamia como delito, debemos tener en cuenta que contamos con dos Convenios¹²⁵⁸ Internacionales suscritos por España que reconocen efectos a los matrimonios poligámicos en lo que se refiere, en particular, a la pensión de viudedad que, además, han sido utilizados por el orden jurisdiccional social español como criterios analógicos para la solución de este conflicto en referencia a terceros países con los que

¹²⁵⁶ Será el varón el que decida por cuál de las esposas se decide.

¹²⁵⁷ Soto Moya, M. (2016). Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: Derecho a la pensión de viudedad. *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, (3)

¹²⁵⁸ No somos el único país que ha optado por esta solución ya que, al igual que nosotros, tienen suscritos Convenios de este tipo Reino Unido, Francia o Italia.

no tenemos suscrito Convenio similar y sí reconocen los matrimonios poligámicos¹²⁵⁹.

Estos Convenios son:

1. El Convenio Hispano-Marroquí: Firmado el 8 de noviembre de 1979 y publicado en el BOE el 5 de julio de 1982 que, entre otras cosas, establece, en lo que a la pensión de viudedad se refiere, en su artículo 23 que *“La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”*.
2. El Convenio Hispano-Tunecino: Firmado el 26 de febrero de 2001 y publicado en el BOE de 26 de diciembre de 2001. En referencia a la pensión de viudedad establece que *“En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales”*.

En relación a los matrimonios islámicos, por ejemplo, contamos con la STC 194/2014, de 1 de diciembre, donde el Tribunal Constitucional se ocupa de este tema. Hay que destacar que, en los últimos años y con la realidad social cambiante en la que estamos inmersos, cada vez más

¹²⁵⁹ Díaz Aznarte, M. T. (2011). Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad? *Actas del I congreso internacional sobre migraciones en Andalucía* (1ª edición) Universidad de Granada, Instituto de Migraciones, 763-770.

se hace necesario hacer estudios sobre este tipo de situaciones sobrevenidas debido a dichos cambios; así pues, el tema que se plantea es la concesión de la pensión de viudedad en caso de haber contraído matrimonio por el rito islámico que, además, no había sido inscrito en el Registro Civil por falta de capacidad matrimonial. Otra vez, al igual que en los epígrafes anteriores, se pone en tela de juicio la vulneración del principio de Igualdad del artículo 14 de la Constitución Española pero esta vez hay que hablar de cómo afecta a este tipo de matrimonios. En el caso de la Sentencia se había celebrado matrimonio por el rito islámico sin expediente previo, cosa que podría permitirse de forma excepcional por el acuerdo suscrito entre España y su comunidad Islámica¹²⁶⁰, ahora bien, el problema se produce al no inscribir dicho matrimonio en el Registro Civil y, además, se da la circunstancia de que no existe capacidad matrimonial ex artículo 46¹²⁶¹ del Código Civil, ya que el solicitante ya había contraído matrimonio previamente fuera de nuestras fronteras (estamos, por tanto, en un caso claro de poligamia); el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo y, por tanto, deniega la concesión de la pensión de viudedad.

En los supuestos de reparto de la pensión de viudedad hay que recordar que el Tribunal Constitucional normalmente ha resuelto a favor en caso de que todos los matrimonios poligámicos se hubiesen

¹²⁶⁰ Ley 26/1992, de 10 de diciembre.

¹²⁶¹ “No pueden contraer matrimonio: 1º. Los menores de edad no emancipados. 2º. Los que estén ligados con vínculo matrimonial.”

celebrado fuera de España (en algún lugar de los que los permite), nunca en matrimonios celebrados en territorio español.

En el caso de matrimonios celebrados en el extranjero y como ejemplo, con la poligamia, no hay problema si se trata hacer valer la ley del país de los contrayentes siempre y cuando esta lo permita y que, además, se esté ante una situación reconocida en nuestro país como matrimonio¹²⁶², ahora bien, en el caso de que uno de los contrayentes sea español¹²⁶³ y el otro contrayente ya ostente un ligamen marital, no será reconocido el matrimonio¹²⁶⁴ como tal¹²⁶⁵.

Una de las figuras más complejas de adaptar al ordenamiento jurídico español, de hecho, es la poligamia¹²⁶⁶ que sí se encuentra reconocida en los ordenamientos jurídicos de otros países. Ante estas situaciones los órganos judiciales han recurrido al denominado “*efecto atenuado del orden público*”¹²⁶⁷, donde se valoraron los efectos que podría producir una relación poligámica en Francia: “...*la reacción frente a una disposición contraria al orden público no es la misma según sirva de*

¹²⁶² Aunque con el matiz de potencialmente poligámico.

¹²⁶³ O ciudadano de cualquier país de la Unión Europea (ya que en ninguno de los Estados parte está permitida la poligamia).

¹²⁶⁴ Torres Andrés, J. M., España. (2005). *La situación de los extranjeros en relación con el orden social*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 136.

¹²⁶⁵ Lo mismo ocurre con los matrimonios con menores no emancipados.

¹²⁶⁶ El matrimonio poligámico no es obligado por la *Shâria*, sino que es una opción para el varón, que puede decidir si contrae matrimonio con una sola mujer o con varias, existiendo limitaciones para el segundo matrimonio de distinto alcance según los ordenamientos nacionales. Se trata de una institución típica en los países de tradición musulmana aunque es posible encontrar sistemas jurídicos, como el de Túnez o el de Turquía, donde la poligamia está prohibida. Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social, Azcárraga Monzonís, C. (2009). *La reforma de la seguridad social: III jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 73.

¹²⁶⁷ Teoría que surgió en Francia con la sentencia de la *Cour de Cassation* de 17 de abril de 1953 en el asunto Rivière c. Roumiantzeff.

*obstáculo a la adquisición de un derecho en Francia o según se trate de dejar que produzca en Francia los efectos de un derecho adquirido, sin fraude, en el extranjero y en conformidad con la Ley competente en virtud del Derecho Internacional privado francés*¹²⁶⁸”, así, se deberían diferenciar dos tesis: por un lado la afirmación de la prohibición de la poligamia en el estado Español (la poligamia es totalmente ilegal), y, por otro, tener en cuenta los casos de los matrimonios poligámicos celebrados válidamente en el exterior, entre extranjeros, en el que uno o ambos residen habitualmente en un país occidental donde sería posible reconocer los derechos derivados de la institución matrimonial¹²⁶⁹.

Los órganos judiciales españoles dan respuestas totalmente contradictorias¹²⁷⁰ en este orden, de modo que podemos encontrar que en ocasiones niegan el derecho a esposas del segundo matrimonio¹²⁷¹ y, en otras ocasiones, han reconocido pensiones a todas las esposas¹²⁷², pero lo que siempre resultará necesario es justificar que todas las esposas reúnen los requisitos necesarios para ser amparadas a tenor del artículo 41¹²⁷³ de la Constitución Española¹²⁷⁴. La cuestión

¹²⁶⁸ Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social, y Azcárraga Monzonís, C. (2009). *La reforma de la seguridad social: III jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Página 75. Valencia: Tirant lo Blanch.

¹²⁶⁹ Motilla, A., Ciáurriz, M. J., y Lorenzo, P. (2002). *Derecho de familia islámico: Problemas de adaptación al derecho español*. Madrid: Colex, 143.

¹²⁷⁰ Flor Fernández, M. L. de la. (2002). *Régimen jurídico de la pensión de viudedad* (1ª edición) Sevilla: Mergablum.

¹²⁷¹ En este sentido las Sentencias del TSJ de Cataluña de 30 de julio 2003 y TSJ Comunidad Valenciana de 6 de junio de 2005.

¹²⁷² En este sentido la Sentencia TSJ Andalucía de 30 de enero de 2003.

¹²⁷³ “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de

referente a la pensión de viudedad y los matrimonios polígamos ha sido presentada en reiteradas ocasiones en los órganos judiciales españoles ya que la referida pensión era solicitada por varias esposas simultáneamente. El supuesto de hecho siempre era idéntico: trabajador extranjero que ha contraído matrimonio poligámico en su país de origen y que fallece en España y deja varias viudas.

En cuanto al tratamiento jurisprudencial del reconocimiento de la pensión de viudedad en los casos de poligamia existen dos posiciones muy claras y diferenciada, como ya mencioné antes, por un lado la más protectora que encuentra su antecedente¹²⁷⁵ en una Sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Social número 3 de La Coruña de, 13 de julio de 1998 donde se discutía el reparto de una pensión de viudedad de un ciudadano senegalés, sentencia que establecía que *“...no exige la ley que el matrimonio se haya celebrado al amparo de la legislación española, sino que siendo los cónyuges extranjeros, dicho matrimonio sea legal en base a su propia legislación, lo que sucede en el supuesto de autos, en los que, permitida la poligamia en el país de origen de las actoras, contrajeron matrimonio de conformidad con su legislación, por lo que el matrimonio así contraído es perfectamente legal y surte sus efectos en España como cualquier otro matrimonio entre extranjeros. Por ello se reúne el requisito de permanencia del*

necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.”

¹²⁷⁴ Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social, y Azcárraga Monzonís, C. (2009). *La reforma de la seguridad social: III jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 76.

¹²⁷⁵ Juárez Pérez, P. (2012). Jurisdicción española y poligamia islámica.: ¿Un matrimonio forzoso? *Revista Electrónica De Estudios Internacionales (REEI)*, (23)

*cónyuge legal, con derecho a la prestación solicitada*¹²⁷⁶”; por otro lado encontramos la Sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003 que mantiene que “...a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo y, por lo tanto, *quod nullum est ab initio, nullum effectum producet*¹²⁷⁷”, es decir, que a efectos de la ley española únicamente ostenta el estado civil de cónyuge la mujer que contrae primeras nupcias con el fallecido¹²⁷⁸. La primera de las soluciones ha sido la adoptada, como norma general, tanto por el INSS como por la jurisprudencia de los TSJ.

El gran número de inmigrantes islámicos que han llegado a España en los últimos años ha supuesto, sin lugar a dudas, una repercusión clara en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al caso de la poligamia se refiere y, más aún si cabe, en el caso de las pensiones de viudedad en relación a esta figura jurídica de los países musulmanes; es cierto que en algunos casos, como el de los ciudadanos marroquíes, el derecho a la percepción de la pensión de viudedad a favor de las diferentes esposas de un ciudadano marroquí viene regulado por el Convenio sobre Seguridad Social suscrito con Marruecos el 8 de noviembre de 1979¹²⁷⁹.

¹²⁷⁶Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social, y Azcárraga Monzonís, C. (2009). *La reforma de la seguridad social: III jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 79.

¹²⁷⁷“Lo que es nulo desde el principio, produce efectos nulos”.

¹²⁷⁸Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social, y Azcárraga Monzonís, C. (2009). *La reforma de la seguridad social: III jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 80.

¹²⁷⁹Ratificado por instrumento de 5 de julio de 1982.

La Sentencia del TSJ de Andalucía, de 18 de junio de 2015, por ejemplo, reconoció el derecho a la percepción de la pensión de viudedad a varios cónyuges del causante que habían contraído matrimonio islámico en su país de origen, si bien es cierto que la primera esposa del causante ya había fallecido y que la segunda había obtenido la nacionalidad española junto al esposo. La citada Sentencia establece, en su Fundamento Jurídico Segundo, que *“...una cosa es que para la legislación española sea nulo el matrimonio celebrado por personas ya ligadas por un vínculo matrimonial no disuelto o que se le niegue su acceso al Registro Civil con justificación en el orden público, la dignidad constitucional de la mujer española y la concepción española de la institución matrimonial y otra, bien distinta, que a Dña. Paloma, de nacionalidad marroquí, casada en Marruecos por el rito musulmán, con D. Martín, de nacionalidad marroquí de origen, no se le reconozca la condición de cónyuge legítima a la muerte de su esposo y, en consecuencia, la de beneficiaria de la pensión de viudedad”*. En cuanto al porcentaje que pertenece a cada una de las viudas hay que estar a lo dispuesto en el artículo 23¹²⁸⁰ del Convenio sobre Seguridad Social hispano-marroquí¹²⁸¹ en el que se establece que se repartirá a partes iguales entre las que resulten ser beneficiarias conforme a la

¹²⁸⁰ *“La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación.”*

¹²⁸¹ Convenio sobre seguridad social entre España y el reino de Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, modificado por el Protocolo Adicional al Convenio de 27 de enero de 1998. (En vigor desde 1 de octubre de 1982) (BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982) (y BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 2001)

legislación marroquí¹²⁸² y, si no existiese Convenio, por analogía, aplicaríamos la misma solución.

El legislador se ha opuesto¹²⁸³, como norma general y así lo ha defendido para dar la solución a la controversia, a la aceptación del matrimonio poligámico dentro de nuestro ordenamiento jurídico pero es cierto que nuestro país ha suscrito varios convenios que protegen, precisamente, la situación contraria, es decir la concesión de la pensión de viudedad a todas las viudas de un matrimonio poligámico, eso sí, celebrado válidamente en el país que lo permite; pero cabe recordar que existen dos Convenios suscritos por España que sí lo reconocen: El Convenio hispano-marroquí y el Convenio hispano-tunecino. Si ambos Convenios se abordan desde la perspectiva técnico-jurídica parece que la opción del legislador no ha sido la más acertada, ya que cabe recordar que la poligamia está tipificada como delito en nuestro ordenamiento jurídico interno además de atentar contra el principio de Igualdad reconocido en nuestra Constitución, pero también es cierto que no sería coherente no realizar un reparto de pensiones entre todos los beneficiarios porque los matrimonios se celebraron válidamente en base al ordenamiento jurídico del extranjero por lo que, finalmente, la jurisdicción social ha optación por aplicar la

¹²⁸² Soto Moya, M. (2016). Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: Derecho a la pensión de viudedad. *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, (3)

¹²⁸³ Regulando la poligamia como un delito tipificado en nuestro Código Penal.

analogía¹²⁸⁴ de estos Convenios para resolver otras cuestiones similares presentadas ante nuestro órganos judiciales¹²⁸⁵.

Tras la aplicación de los mencionados Convenios los órganos judiciales asignan la pensión de viudedad del sujeto polígamo a partes iguales entre todas sus viudas (aquellas mujeres que *hubiesen permanecido simultáneamente casadas con el causante*), pero lo que acaba ocurriendo, del mismo modo y por analogía, es que lo mismo ocurre con todas las prestaciones por supervivencia que correspondan; ahora bien, algunos órganos judiciales interpretan que la división de la pensión debe realizarse en función de los años de matrimonio con cada una de las esposas, mientras que otros establecen que debe ser repartida a partes iguales independientemente de los años de matrimonio¹²⁸⁶.

Para finalizar me gustaría aclarar que esta controversia surge en España por un problema de base, ya que el Derecho Civil no reconoce validez ni efecto jurídico al matrimonio poligámico, el derecho penal lo reconoce como delito tipificado, el derecho contencioso administrativo lo rechaza denegando al polígamo la nacionalidad española y el derecho social lo *tolera de manera intermitente, concediendo*

¹²⁸⁴ En este sentido la STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002, fallaba conceder la pensión de viudedad a las viudas de un ciudadano senegalés y aunque establece que en relación al orden público del artículo 12.3 del Código Civil no está permitido este tipo de matrimonios en nuestro ordenamiento jurídico reconoce los efectos jurídicos del vínculo matrimonial en el contexto de las prestaciones de la Seguridad Social.

¹²⁸⁵ Díaz Aznarte, M. T. (2011). Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad? *Actas del I congreso internacional sobre migraciones en Andalucía* (1ª edición) Universidad de Granada, Instituto de Migraciones, 763-770.

¹²⁸⁶ Zurita Martín, I. (2012). La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español. *Actualidad Civil*, (1)

*ocasionalmente pensiones de viudedad que traen causa en matrimonios poligámicos cuya validez no admite*¹²⁸⁷.

En mi opinión, la solución más acertada al problema y haciendo referencia a los Convenios sobre Seguridad Social suscritos entre España y Marruecos y entre España y Túnez sería el reparto de la pensión de viudedad entre todas las viudas del causante, a partes iguales ya que su ordenamiento jurídico permite, sin ningún problema, la institución islámica del matrimonio poligámico y, por tanto, por analogía lo aplicaría por igual a todos los matrimonios válidamente celebrados en el extranjero con estas características.

3.3.4 La pensión de viudedad en los matrimonios consuetudinarios.

Uno de los ejemplos más claros que se presentan en nuestra sociedad en lo que a matrimonios consuetudinarios se refiere es el matrimonio celebrado bajo el rito gitano, así pues, *el matrimonio gitano no es religioso ni puede equipararse al que se lleva a cabo conforme a una*¹²⁸⁸ de las formas válidas y reconocidas para la celebración de los matrimonios en el Código Civil.

En referencia a los matrimonios celebrados por el rito gitano nos encontramos con el mismo problema que analicé en atención a los

¹²⁸⁷ Juárez Pérez, P. (2012). Jurisdicción española y poligamia islámica.: ¿Un matrimonio forzoso? *Revista Electrónica De Estudios Internacionales (REEI)*, (23)

¹²⁸⁸ Berenguer Albaladejo, C. (2010). El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el "matrimonio gitano". *Derecho Privado y Constitución*, (24), 121.

matrimonios polígamos ya que debemos recordar que este tipo de matrimonios no están aceptados en nuestro ordenamiento jurídico pero con una diferencia fundamental: el matrimonio polígamo no está reconocido y, además, en nuestro ordenamiento jurídico, es contrario al orden público mientras que en este caso en cuestión únicamente podemos hablar de que no está reconocido legalmente.

Uno de los mayores problemas surge cuando el matrimonio se celebra por un rito que no es reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como es el caso que me ocupa y, por tanto, no se le permite el acceso al Registro Civil por lo que los mismos no surtirán los efectos legales que se deriven de un matrimonio registrado porque no los consideran casados siendo, en ese caso, una simple unión de hecho sin registrar y, por tanto, al fallecimiento de uno el otro no se convierte en viudo.

El Tribunal Constitucional en STC 184/1990, de 15 de noviembre estableció que *"...no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia"* de modo que, el Tribunal Constitucional, reitera la postura que había tomado hasta el momento y le da al legislador un amplio margen de libertad a la hora de configurar como considere oportuno el sistema de Seguridad Social teniendo siempre en cuenta las circunstancias socioeconómicas¹²⁸⁹.

¹²⁸⁹ Tapia Hermida, A. (2007). "Ritos matrimoniales y pensión de viudedad". Revista de Trabajo y Seguridad Social, Número 296, 117-134.

Existe reiterada doctrina del Tribunal Constitucional con respecto a los casos de matrimonios contraídos por ritos no reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico y es el propio Tribunal Constitucional el que dice que la Constitución Española “...no reconoce el derecho a formar una unión de hecho que por imperativo del artículo 14, sea acreedora del mismo tratamiento que el dispensado por el legislador a quien, ejercitando el derecho constitucional del artículo 32.1 contraigan matrimonio¹²⁹⁰. El derecho a contraer matrimonio es un derecho constitucional y quien no hace uso de él es porque utiliza su libertad de no hacerlo por lo que el legislador puede establecer diferencias entre una unión matrimonial real y la que es puramente fáctica si nada impide que contraigan matrimonio¹²⁹¹; bien es cierto que el legislador podría haber extendido los beneficios a otras situaciones pero no lo ha hecho y no por ello se encuentra violando el principio de libertad sino que, como en otras ocasiones ocurre y ya he tratado, establece unos criterios de acceso a las prestaciones. En este sentido existe reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que así lo avala, entre las Sentencias más importantes podemos encontrar, por ejemplo, las STC 29/1991, 30/1991, 31/1991 y 38/1991 todas ellas con fecha 14 de febrero y todas, también, con idéntica fundamentación jurídica; así pues las citadas Sentencias establecen que “la regulación actual de las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social no vulnera lo

¹²⁹⁰ STC 184/1990, de 15 de noviembre

¹²⁹¹ Tapia Hermida, A. (2007). “Ritos matrimoniales y pensión de viudedad”. Revista de Trabajo y Seguridad Social, Número 296, 117-134.

dispuesto en el artículo 14 de la Constitución Española en cuanto que el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida”.

En lo que a este tema se refiere podemos encontrar disparidad de decisiones judiciales: desde la STC 69/2007, de 16 de abril, en la que no se reconoce la existencia de discriminación al no otorgar derecho a percibir la pensión de viudedad hasta la STEDH, de 8 de diciembre de 2009, en la que sí se reconoce discriminación por no conceder la pensión de viudedad al miembro supérstite de un matrimonio celebrado por el rito gitano.

El Tribunal Constitucional, en su STC 69/2007, de 16 de abril, basó su decisión en la libertad que posee el legislador para configurar legalmente nuestro sistema de Seguridad Social y en la administración que hay que hacer en base a los recursos limitados del sistema. Al entender el Tribunal Constitucional que el rito gitano no es una de las formas de matrimonio válidas reconocidas según nuestro Derecho Civil considera que no supone en realidad discriminación por razón de etnia y recuerda que el legislador tiene la capacidad de poder atribuir al rito gitano la validez pertinente que le permita el acceso a las prestaciones en las mismas condiciones de cualquier otro de los ritos admitidos como válidos en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, que el

legislador puede conferir al matrimonio celebrado por rito gitano validez civil, pero no está obligado a hacerlo.

En el Fundamento Jurídico número 5 de la Sentencia 69/2007, de 16 de abril, el Tribunal Constitucional resolvió lo siguiente:

- Que no existía discriminación alguna por la pertenencia de la solicitante de la prestación de viudedad a la etnia gitana, y
- Que el matrimonio celebrado conforme a ese rito no tenía la condición de tal en el ordenamiento jurídico español.

Hay que recordar que cualquier español puede celebrar matrimonio válidamente siguiendo cualquiera de los ritos establecidos en la norma y que el rito matrimonial gitano no es uno de ellos de modo que si la celebración del matrimonio bajo el rito gitano no se encuentra complementada con los requisitos esenciales de validez previstos por el Título IV del Libro I del Código Civil, no tendrá validez en el plano jurídico y, por tanto, carecerá de uno de las exigencias esenciales para el acceso a la prestación de viudedad.

Mucho he hablado a lo largo de este último capítulo el principio de Igualdad, así pues, cabe recordar que nuestro ordenamiento jurídico establece como fundamento el *respeto radical al principio de Igualdad* entendiéndolo (tal y como ya expuse), como uno de los Derechos Fundamentales por excelencia dentro de nuestra Carta Magna. El

principio de Igualdad es, por tanto, “...un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo¹²⁹²”, es esa importancia, como ya mencioné, la que lo establece como uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico; así, establece nuestra Constitución Española, que los españoles somos *iguales ante la ley* y obliga a los poderes públicos a respetar este principio, pero debemos realizar una lectura racional del mismo y tener en cuenta que lo que se prohíbe es el trato desigual de forma injustificada o infundada y permite que el legislador pueda tratar a los sujetos de forma desigual siempre y cuando este trato resulte justificado y no arbitrario.

En cuanto al TEDH, en su Sentencia, de 8 de diciembre de 2009, condena al Estado Español a reconocer la pensión de viudedad a la parte demandante; es cierto que este Tribunal no reconoce plenos efectos al matrimonio celebrado por el rito gitano pero reconoce el derecho a la percepción de la pensión de viudedad en virtud¹²⁹³ del artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en relación con el artículo 1 del Protocolo número 1 del Convenio y establece que, aunque queda a discreción del Estado establecer una prestación que proteja la situación de viudedad, una vez esta existe, el Estado debe cumplir los *requerimientos de las normas internacionales*; del mismo modo

¹²⁹²—Tapia Hermida, A. (2007). “*Ritos matrimoniales y pensión de viudedad*”. Revista de Trabajo y Seguridad Social, Número 296, 117-134.

¹²⁹³ El TEDH considera violado el artículo 14 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos en relación con el artículo 1 del Protocolo Adicional número 1.

entiende que el no reconocer la pensión de viudedad a aquellos que hayan contraído matrimonio por el rito gitano supone una *diferencia de trato injustificada y desproporcionada respecto a otras situaciones en las que legal o jurisprudencialmente se ha extendido el derecho a quienes incumplen alguno o algunos de los requisitos a los que la Ley supedita la validez del vínculo, como sucede cuando el legislador atribuye el derecho al cónyuge de buena fe en los supuestos de matrimonios declarados nulos*¹²⁹⁴. No obstante lo anterior, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado en esta Sentencia (Muñoz Díaz vs. España), de 8 de diciembre de 2009, que el Estado español no ha sobrepasado su margen de actuación por lo que al desarrollo del derecho a la pensión de viudedad se refiere y ha establecido que *el hecho de que las uniones gitanas no origine efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación ilegal*, por lo que no considera vulnerado el artículo 14 del CEDH ni el artículo 12 del mismo¹²⁹⁵; tras el fallo correspondiente, obtuvo el derecho a la percepción de la pensión de viudedad con reconocimiento del mismo el 1 de enero de 2007 (si bien no con carácter retroactivo, desde el momento del fallecimiento de su esposo que se produjo en el año 2000), ahora bien, se le reconoció la misma como si de una pareja de hecho se tratase. A la Señora Muñoz Díaz se

¹²⁹⁴ Blasco Rasero, C. (2013). La aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad. *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (121), 63-106.

¹²⁹⁵ Berenguer Albaladejo, C. (2010). El principio de Igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el "matrimonio gitano". *Derecho Privado y Constitución*, (24), 123.

le había denegado la pensión de viudedad por carecer de vínculo matrimonial¹²⁹⁶ (ya que había contraído matrimonio por el rito gitano), y así se falló en STC 69/2007, de 16 de abril, ya que el Tribunal no reconocía vulneración del artículo 14 de la Constitución Española ni de discriminación por pertenencia a la etnia cultural gitana. La defensa de la Señora Muñoz Díaz presentó demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que falló a su favor en STEDH de 8 de diciembre de 2009¹²⁹⁷ ; en dicha Sentencia se establece el derecho a ser tratado de forma distinta por el ordenamiento jurídico al pertenecer a una minoría étnica (en este caso la gitana), a la hora de reconocer el derecho a la prestación de viudedad en base a la *prohibición de discriminación por indiferenciación*, es decir, el establecimiento de acciones positivas que tienden a mejorar las situaciones de las minorías, si bien es cierto que no fue la base del fallo de la Sentencia, sino que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fundamentó su decisión estableciendo que el Estado español no vulneraba el artículo 14 de la Constitución Española en relación al artículo 12¹²⁹⁸ del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero se basaba en los *principios de buena fe y confianza*

¹²⁹⁶ Rey Martínez, F. (2010). La sentencia del tribunal europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto «Muñoz Díaz vs. España»: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular? *Diario La Ley*, (7344).

¹²⁹⁷ STEDH 8 de diciembre de 2009, Muñoz Díaz c. España, 49151/07.

¹²⁹⁸ «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.»

*legítima, ponderando las circunstancias del caso para lograr el fallo estimatorio*¹²⁹⁹.

Así, el Tribunal de Estrasburgo condenó a España a indemnizar a la Señora Muñoz Díaz por no haberle reconocido el derecho a la pensión de viudedad tras la convivencia durante veintinueve años con su pareja con la que había contraído matrimonio por el rito gitano. La Sentencia reconoce que no existe discriminación por motivos étnicos ya que la ley, en ese momento, no reconocía la validez de este tipo de matrimonios sino que entiende la discriminación existente por actuar en contra del artículo 12 de la Convención de Roma en relación al artículo 1 del protocolo número 1 en aplicación a la ley y por analogía al tratado en el supuesto de parejas de hecho¹³⁰⁰.

La Administración y los órganos judiciales debían haber contemplado que únicamente el legislador tiene capacidad para hacer extensiva la validez (o no), de los efectos del matrimonio a las uniones libres; la exigencia legal establecida por el anterior artículo 45.1 del Código Civil, según el cual el matrimonio no existía si no se prestaba consentimiento matrimonial en cualquiera de las formas establecidas por ley a tal efecto era absoluta. Según Gavidia Sánchez, el Tribunal Constitucional, *“como legislador negativo, no puede regular las uniones libres ni el matrimonio, sino declarar la inconstitucionalidad de las leyes o de*

¹²⁹⁹ Molina Navarrete, C. (2016). El «modelo español» de seguridad social en la jurisprudencia constitucional: De la «consolidación continuista» al «inmovilismo regresivo». *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (4).

¹³⁰⁰ Gavidia Sánchez, J. V. (2010). Matrimonio gitano, pensión de viudedad y discriminación en la aplicación de la ley. *Diario La Ley*, (7380).

alguna interpretación de estas pero, bajo ningún concepto, tener por casado al que no lo está”.

El Estado español se halla vinculado por las Sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo con respecto al caso tratado en su sede, pero no hay que olvidar que las mismas pueden ser entendidas como un reproche a nuestro legislador y que, por ende, están recomendando (aunque no sea de manera expresa), un cambio legislativo. En aquel momento el matrimonio gitano no era un matrimonio con efectos civiles y, por tanto, no se podía equiparar al matrimonio civil¹³⁰¹.

En la práctica, esta Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no ha conllevado la presentación de casos ante los órganos judiciales españoles, pero sí es cierto que ha supuesto que la doctrina del Tribunal Constitucional haya quedado en un segundo plano; también es cierto que, observando el problema desde otra perspectiva totalmente diferente, el legislador podría concederle al matrimonio contraído por rito gitano la misma validez que le ha otorgado a ritos de otras confesiones religiosas para, así, poder atender a las costumbres de la etnia gitana, que forman parte de nuestra cultura desde hace siglos, que es lo que ha sucedido tras la reforma del Código Civil operada tras la Ley 15/2015, de 2 de julio. Tal y como está configurado el derecho al matrimonio, el conceder la pensión de viudedad a una viuda que contrajo matrimonio únicamente por el rito gitano constituye

¹³⁰¹ Rodríguez Cardo, I. A. (2010). El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad: Comentario de urgencia a la STEDH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009. *Actualidad Laboral*, (3), 1.

un problema ya que el matrimonio, en nuestro ordenamiento jurídico, supone efectos civiles y sociales y su celebración supone la validez del negocio jurídico¹³⁰².

Las personas de etnia gitana pueden solucionar sus problemas en cuanto a efectos del matrimonio se refiere de una forma muy sencilla: esto es celebrando el matrimonio por el rito gitano y, a continuación, celebrar el mismo mediante la forma civil correspondiente ya que no hacen uso del mismo no porque se les niegue el acceso sino porque obvian el cumplimiento de tal requisito de matrimonio civil. Los sujetos pertenecientes a la etnia gitana pueden acceder al matrimonio en su forma civil o en cualquiera de las formas religiosas reconocidas en nuestro ordenamiento (católica, evangélica,...); si optaran por cualquiera de ellas no se plantearía problema alguno ya que surtiría plenos efectos civiles. La STEDH ha venido, finalmente, a reconocerle efectos en cuanto a la concesión de la pensión de viudedad pero no más allá de los reconocidos a las parejas de hecho.

Hay que concluir estableciendo que no existe vulneración del principio de Igualdad del artículo 14 de la Constitución Española y que, por tanto, estamos totalmente adaptados a los mandatos internacionales y europeos y reconociendo la Universalidad real del sistema en este aspecto, en relación a los matrimonios consuetudinarios.

¹³⁰² Blasco Rasero, C. (2013). La aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad. *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (121), 63-106.

4. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y UNIVERSALIDAD Y LA PENSIÓN DE ORFANDAD.

En cuanto a la orfandad cambia un poco el enfoque de la prestación ya que se consideran beneficiarios *“...de manera igualitaria a cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de 21 años o estén incapacitados para el trabajo y que aquél se encontrase en alta o en situación asimilada al alta¹³⁰³...”*.

La orfandad viene así regulada en los artículos 224 y siguientes del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre y es el artículo 224.1, en concreto, el que establece los requisitos de acceso a la prestación¹³⁰⁴.

Cierto es que la orfandad presenta muchísimos menos problemas que otro tipo de situaciones a la hora de la acreditación de la misma; no importa la residencia o nacionalidad del huérfano ya que lo único que deberá acreditar es la filiación con el causante de supuesto de hecho y eso es, en gran medida, de fácil justificación. La única comprobación por parte de la entidad correspondiente perteneciente a la Seguridad Social será si el causante cumplía los requisitos de alta y cotización

¹³⁰³ Benavides Vico, A. (2011). *Guía de las prestaciones de la seguridad social: Desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad -orfandad*. Madrid: Lex Nova, 580.

¹³⁰⁴ *“Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, o fuera pensionista en los términos del artículo 217.1.c).”*

para que los huérfanos puedan tener acceso a la prestación correspondiente.

Es, por tanto, la supervivencia de los hijos a los padres lo que da derecho de acceso a la pensión de orfandad y se considera, lógicamente, como una prestación totalmente separada de la pensión de viudedad; solo se vincula a que en el momento del fallecimiento del causante este hubiese cumplido con los requisitos legales de cotización y alta y el requisito legal de la edad del hijo superviviente, es decir, que esté de acuerdo a los requisitos formales de acceso a la misma.

Lo importante en este sentido es que se reconoce la prestación de orfandad a hijos, por ejemplo, fruto de anteriores matrimonios que han pasado a formar parte de la familia del causante a través de una unión de hecho o matrimonio de los nuevos cónyuges y así, en la Disposición Adicional 5ª de la Ley 40/2007 se prevé que *las prestaciones a percibir por los huérfanos se otorgarán en régimen de Igualdad cualquiera que sea su filiación*, es decir, que todos los niños dependientes del causante podrán tener acceso a la misma y se reconoce el derecho de acceso a la pensión de orfandad independientemente del reconocimiento de la pensión de viudedad, separando, así, una de la otra y otorgando derecho al huérfano independientemente de la situación en la que sus progenitores se encontrasen en cuanto a la institución del matrimonio se refiere cosa que sí venía ocurriendo hasta la aprobación de la Ley 40/2007¹³⁰⁵, de 4 de diciembre; todo ello iría en

¹³⁰⁵ Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

consonancia con la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2006, de 22 de mayo, en la que se planteaba la cuestión de si un hijo tenía derecho a la percepción de una indemnización por accidente de trabajo; en caso de que el causante hubiese contraído matrimonio la indemnización correspondería al cónyuge supérstite; al no existir este, el Tribunal Constitucional falla que la indemnización corresponde al hijo de la pareja ya que entendió que si no se le reconocía a este el derecho se estaría incurriendo en una desigualdad notoria entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales de los causante y, por tanto, se podría vulnerar el principio constitucional sobre protección integral de los hijos con independencia de su filiación¹³⁰⁶.

¹³⁰⁶ Martínez Barroso, M.R. (2008). Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social. *Revista Jurídica De Castilla y León*, (17), 117-176.

CONCLUSIONES

Varias son las conclusiones que se pueden extraer de esta tesis que, en primer lugar, clarifican la posición de los Derechos sociales como Derechos Humanos Fundamentales, en segundo lugar, demuestran la condición de Derecho Social Fundamental del derecho a la Seguridad Social y, en tercer lugar, nos muestran su aplicación y validez en la actualidad dentro de nuestro sistema de Seguridad Social:

En relación a los ORÍGENES DE LOS DERECHOS HUMANOS, llevo a la siguiente CONCLUSIÓN:

ÚNICA.- Los Derechos Humanos comenzaron su andadura en el siglo XVI y se pueden considerar inmersos en un desarrollo histórico en creciente auge con el paso de los siglos, desarrollo que ha sido consecuencia de un conjunto de hechos históricos de índole política, económica, ideológica y social, todos ellos como detonantes que han motivado, en gran medida, la aparición, desarrollo y protección de dichos derechos.

Consecuentemente, como primer indicio de la noción de Derechos Humanos se puede destacar la defensa de los indios (tras el descubrimiento de América y motivada por las barbaries que allí se estaban cometiendo), realizada por pensadores tan importantes de la época como Francisco de Vitoria o Bartolomé de las Casas,

considerados precursores de los Derechos Humanos, aunque sin ser conscientes de ello. Tras la lucha de ambos por la consecución de derechos para los indígenas americanos, aparecen movimientos sociales motivadores del desarrollo de este tipo de derechos, como son los siguientes:

- El “Bill of Rights” en 1698, que pretendía proteger a los súbditos ingleses de los abusos del Rey a través de normas proclamadas por el Parlamento, donde se recogían, por ejemplo, hitos tan relevantes como la libertad de expresión o la prohibición de castigos exagerados y que presenta ciertas similitudes, si bien entendidas con la diferencia de siglos existente entre ambos, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- La Declaración de Independencia americana de 1776, donde comienzan a entenderse los Derechos Humanos desde la concepción universal de los mismos y que se convertirá en el modelo de las Constituciones posteriores durante el siglo XIX, proclamando derechos tan importantes como el derecho a la vida, a la integridad o a la igualdad.
- Por su parte, como consecuencia de la Revolución Francesa, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 fue, sin duda, uno de los hechos más importantes del siglo XVIII, en la que se estableció, como base, que todos los hombres nacen libres e iguales en derechos, llegando a convertirse en el

prototipo de las Declaraciones de Derechos Humanos del siglo XX. De este modo, la Revolución Francesa y, consiguientemente, esta importante Declaración dieron origen a lo que hoy conocemos como Derechos Humanos de Primera Generación, es decir, los civiles y políticos.

En atención a la CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, son varias las CONCLUSIONES que puedo extraer del cuerpo del presente trabajo:

PRIMERA.- Como consecuencia directa de que los Derechos Humanos hayan sido desarrollados sobre cambios históricos de gran importancia, su generación se produce en diversas etapas, de modo que se puede decir que no son derechos de índole cerrada; es decir, desde su nacimiento hasta nuestros días han sufrido cambios importantes y, aunque siempre basados en la dignidad y los límites al poder, han ido adaptándose a las características y necesidades de cada época concreta. Con ello, los Derechos Humanos, según su nacimiento, se pueden clasificar en:

- a) Derechos de Primera Generación: Derechos Civiles y Políticos.
- b) Derechos de Segunda Generación: Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- c) Derechos de Tercera Generación: Derechos unidos a la Solidaridad.
- d) Derechos de Cuarta Generación: Derechos surgidos por el desarrollo de la técnica.

SEGUNDA.- Los Derechos Humanos se configuran, así, como facultades que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos; y los Derechos Fundamentales son los garantizados por cada ordenamiento jurídico, generalmente en su Constitución. Por ello puede decirse que todos los Derechos Fundamentales son Derechos Humanos, pero no a la inversa.

TERCERA.- Los Derechos Humanos se reconocen como derechos de carácter Universal y Absoluto y, por tanto, íntimamente ligados al principio de Igualdad. No obstante, a lo largo de estas páginas, he podido observar que la labor del legislador no siempre cumple con estos criterios y que, en ocasiones, se vulneran por nuestro sistema normativo los principios básicos de los Derechos Humanos y, en concreto, los principios de Universalidad e Igualdad. En ocasiones, estas vulneraciones, son producto de desaciertos del legislador y, en otras, se convierten en vulneraciones justificadas y razonadas para mantener nuestro sistema de Seguridad Social estable.

La Universalidad se convierte, sin lugar a dudas, en uno de los rasgos característicos de los Derechos Humanos pero es cierto que, como se ha visto, en algunas ocasiones las cuestiones surgidas en la aplicación de las normas, en base a la visión más idealista del principio, ha conllevado problemas importantes en la consecución de la Universalidad real del ordenamiento jurídico y, por tanto, de nuestro sistema de Seguridad Social.

CUARTA.- Considero necesaria la aplicación del principio de Universalidad en los ordenamientos jurídicos para la exclusión de diferencias de trato y para la consecuente integración del principio de Igualdad, lo que supone dotar de inherencia a los Derechos Humanos y ello de un modo real.

En lo que a los DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES se refiere, a lo largo de la redacción del presente trabajo, he podido deducir las siguientes CONCLUSIONES:

PRIMERA.- Pese a la temprana aparición de los Derechos Humanos, no será hasta la edad moderna cuándo comenzarán a reconocerse los Derechos sociales como derechos emanados de los Derechos Humanos; ya que, sin el nacimiento de los primeros, hubiese sido imposible tan siquiera pensar en la existencia de los segundos.

A mi entender, la aparición de los Derechos Sociales Fundamentales englobados dentro de los Derechos Humanos de Segunda Generación son consecuencia directa de la relación existente entre los Derechos Humanos de Primera Generación y el Estado Social, ya que los derechos civiles y políticos se encuentran íntimamente relacionados con el Estado Social y, además, la concepción de este tipo de Estado sería imposible sin la aparición de los Derechos Humanos de Segunda Generación. Por ese mismo carácter, este tipo de derechos, no únicamente han de reconocerse, sino que llevan implícita la actuación del Estado, que debe protegerlos de manera activa tutelando al individuo a través del sistema de prestaciones y ello para garantizar la vida digna de las personas. En este sentido se puede mantener que son derechos individuales, públicos y directamente ejercitables frente al Estado, que, a la vez, humanizan el sistema jurídico de cualquier país.

SEGUNDA.- Existen varias tesis de protección de los Derechos Sociales Fundamentales:

- Una tesis maximalista, en la que se establece que todos los Derechos Sociales Fundamentales deben ser protegidos a todos los sujetos por igual.
- Una tesis minimalista, que defiende que deben ser protegidos pero en un grado mínimo que debe ser respetado por cualquier Estado.

- Y una tesis Intermedia, que mantiene que únicamente alguno de los Derechos Sociales Fundamentales son derechos subjetivos.

Desde mi punto de vista, los Derechos Sociales Fundamentales, deberían entenderse desde la tesis más amplia de protección de los mismos, es decir, se debe proteger a todos los sujetos desde todas las perspectivas posibles pero, como bien se ha visto a lo largo de estas páginas, esto no siempre ocurre y se limita el acceso a determinadas prestaciones o servicios a criterios de nacionalidad, residencia, etnia, etcétera. Es cierto que, en ocasiones, se deben establecer límites a dichos derechos, pero bajo ninguna circunstancia se debería permitir que ningún sujeto quedase desprotegido, ya que éstos deben garantizar condiciones de vida dignas a todas las personas, por el mero hecho de serlo cumpliendo, además, con los principios de Universalidad e Igualdad.

TERCERA.- Una de las mayores preocupaciones planteadas a la hora de la redacción de la presente tesis ha sido la búsqueda de la Universalidad en la actual configuración de los Derechos Sociales Fundamentales.

Con ello, entiendo que, dado el carácter de los Derechos sociales, la consecución de la Universalidad real en su aplicación va a ser mucho más compleja ya que, en gran medida, va a depender de ciertas características en función del tipo de protección que el Estado deba

ejercer y, estos derechos, están pensados para suplir carencias del individuo en estados de necesidad, es decir, para conseguir la Universalidad de los mismos; más que dotarlos de un carácter universal, debemos dotarlos de Igualdad ya que la consecución de esta conseguirá que el sistema sea, en gran medida, Universal.

En lo referente al principio de Universalidad de los Derechos sociales no debemos decir que no exista, sino que esta Universalidad tiene un carácter diferente; en lo que al derecho a la Seguridad Social se refiere, la concreción va a depender de la necesidad de los individuos, lo que supone que este derecho esté ligado al principio de Igualdad y, por tanto, de la garantía de aplicación del principio de Universalidad en el sistema cosa que, obviamente, no se hace en todos los casos ni de la misma forma lo que conlleva que estemos hablando, en todo momento, de un sistema Universal relativo.

El derecho a la Seguridad Social debe ser Universal porque debe regularse de modo que incluya a cualquier ser humano independientemente de sus características y que, por tanto, debe fomentar la igualdad entre todas las personas. Los principios de Universalidad e Igualdad en el derecho a la Seguridad Social se encuentran muy unidos entre sí y se podría decir que son la base del derecho a la Seguridad Social en sí misma de modo que permiten configurar legalmente dicho derecho y desarrollarlo para, así, dar sentido a la declaración de nuestro sistema de Estado como un *Estado Social y Democrático de Derecho*.

CUARTA.- En relación a la regulación de los Derechos sociales, como derechos enmarcados dentro de los Derechos Humanos, éstos se encuentran recogidos y regulados por instrumentos de diferente índole que les otorgan su importancia; por un lado, tenemos los instrumentos internacionales, los europeos y los comunitarios y, por otro, su concreción en el sistema normativo español que debe ser, en todo momento, coherente con los anteriores.

Los Derechos sociales en España no están reconocidos como integrantes de la categoría de Derechos Fundamentales y así lo resalta su posición dentro del texto de la Constitución Española, lo que supone que no disfrutan de las mismas garantías y no se protegen a través del procedimiento especial sumario y preferente que establece nuestra Constitución para los Derechos Fundamentales, como sí ocurre con los Derechos Humanos de Primera Generación tal y como puede ser el derecho a la vida.

Los Derechos sociales, de hecho, se encuentran enmarcados dentro del Capítulo III de la Constitución Española, es decir, englobados dentro de los principios rectores de la política social y económica del país, lo que supone que para su aplicación se depende de la disponibilidad presupuestaria del Estado y de que se hayan regulado a través de las correspondientes normas de desarrollo; consecuentemente, tal dependencia de los presupuestos del Estado permite que el legislador pueda establecer diferencias notables de trato

en la aplicación de los mismos, con la inevitable merma que ello pueda suponer a los principios de Igualdad y Universalidad.

Pues bien, pese a que la Constitución Española no contiene una regulación sistemática en lo relativo a los Derechos sociales no configurándolos de modo igualitario y dotándolos de la misma protección, sí es cierto que la Declaración Universal de los Derechos Humanos configura taxativamente a la Seguridad Social como Derecho Social Fundamental.

QUINTA.- En cuanto al grado de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la normativa internacional, europea y comunitaria, puedo afirmar que la Constitución Española, como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, se ajusta a los mandatos internacionales, europeos y comunitarios en orden al derecho a la Seguridad Social como un Derecho Humano y así lo hace en su artículo 41, que determina en sus rasgos generales el sistema de Seguridad Social que debe implantarse en España y concreta sus modalidades, basándose en la obligatoriedad de crear un sistema que sea público y suficiente; características fundamentales del mismo y sin perjuicio de prestaciones complementarias libres.

Como *CONCLUSIONES relativas a los INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y COMUNITARIOS DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES destaco las siguientes:*

PRIMERA.- Los Derechos sociales, desde su aparición, han sido regulados por numerosos instrumentos internacionales, europeos y comunitarios. Entre ellos, como ya he señalado anteriormente, se destaca la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que se ha convertido en la guía interpretativa de la materia en general y que ha sido, sin lugar a dudas, uno de los grandes logros del siglo XX.

Como todos y cada uno de los avances en materia de Derechos Humanos la Declaración Universal fue concebida y motivada por las dos grandes Guerras Mundiales que habían azotado a la mayoría de los países del mundo a mediados del siglo XX. En el artículo 22 de la misma ya se reconocía del Derecho a la Seguridad Social como un derecho englobado dentro del ámbito de aplicación como un derecho indispensable para el desarrollo de la dignidad y el libre desarrollo de las personas.

SEGUNDA.- En lo que se refiere a la labor realizada por los instrumentos internacionales en materia de Seguridad Social, he podido observar el interés de los legisladores internacionales por proteger el derecho a la Seguridad Social como un Derecho Social Fundamental. Así, en numerosos instrumentos internacionales, se recoge y se

protege dicho derecho; en algunos de forma efímera, en otros de forma más concreta y desarrollada. Su fundamentación aparece, sin lugar a dudas, en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, recordemos, comienza diciendo “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...” si bien es cierto que he podido ver a lo largo de estas páginas que *toda persona* no es siempre referencia de universalidad sino que se va cerrando el ámbito de aplicación según las necesidades y la economía de cada Estado para, al final, acotarlo de modo que no sea para *todos* sino para aquellos que el legislador establece en su regulación interna. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con el artículo 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales que establece que “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social...*”, desgraciadamente parece ser que todos los seres humanos no tienen la misma calificación dentro del género de *persona* y que esta utopía de la conversión de los sistemas en sistemas Universales no ha llevado, por desgracia, más que a sistemas de Universalidad relativa o irreal de los mismos; si hablamos del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, su grado de ratificación por parte de España es absoluto si bien su grado de cumplimiento es muy bajo ya que deja las puertas abiertas a las capacidades económicas del Estado y en el momento de crisis económica encontramos la excusa

perfecta para delimitar el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social.

TERCERA.- Los Convenios y las Recomendaciones de la OIT, a lo largo de la historia, también se han encargado de regular esta esfera del derecho con reglas exhaustivas al respecto, entre ellas a destacar el Convenio número 102 de la OIT como norma mínima.

Aunque bien clara era la intención de la instauración de la OIT en lo que a la creación de Tratados con visión internacionalista del Derecho a la Seguridad Social su grado de cumplimiento, en lo que a España se refiere, no ha surtido los efectos esperados ya que sus Tratados tienen poca aplicación en los tribunales españoles y se entienden como principios inspiradores, si bien hay que recordar el carácter vinculante de los mismos.

CUARTA.- En el ámbito comunitario, el artículo 10 de la Carta de Derechos Sociales Fundamentales reconoce el derecho de acceso al sistema de Seguridad Social pero únicamente para las personas que residan o se desplacen legalmente por el territorio europeo por lo que, de nuevo, los principios de Igualdad y Universalidad se ven desprotegidos.

Además, la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión, de 26 de abril de 2017, sobre el pilar europeo de derechos sociales, por ejemplo, establece una serie de directrices en materia de derechos sociales para los Estados miembros de la Unión Europea.

En el caso de este trabajo interesan, sobre todo: el artículo 3, que establece la igualdad de trato en materia de trabajo y protección social para todas las personas, y el artículo 16, que establece el acceso a la asistencia sanitaria pública y de calidad para todas las personas. La referida Recomendación deja claro desde el principio que está destinada a *todas las personas* por lo que no diferencia entre nacionales y extranjeros, situación administrativa regular o irregular o ciudadanía.

QUINTA.- En el mismo sentido, en el ámbito del Consejo de Europa, el artículo 12 de la Carta Social Europea reconoce el derecho a la Seguridad Social; si bien es cierto que establece, únicamente, la necesidad de garantizar un sistema de Seguridad Social y que este permanezca en un *nivel satisfactorio* y se manifieste el esfuerzo por *evarlo progresivamente*; nada exige en cuanto a derechos concretos y solamente habla del principio de Igualdad entre los nacionales de países que hayan firmado acuerdos bilaterales o multilaterales

Respecto a la consideración del DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO SUBJETIVO he alcanzado las siguientes CONCLUSIONES:

PRIMERA.- El derecho a la Seguridad Social, como derecho englobado dentro de la categoría de derechos sociales, también se concreta en

los instrumentos mencionados en la conclusión anterior. Serán esos instrumentos los esenciales para conocer las obligaciones del Estado español en la materia y orientar la aplicación del derecho a la Seguridad Social.

Dado su carácter, se debe destacar que este derecho se va a traducir en la obligatoriedad del Estado de hacerlo real; es decir, mientras que en el caso de muchos de los derechos englobados en la categoría de Derechos Humanos el Estado debe velar por la no injerencia en los derechos de otros individuos u otros Estados, lo cierto es que el derecho a la Seguridad Social debe traducirse en la protección por parte del Estado al individuo mediante una actuación activa, prestacional.

SEGUNDA.- Respecto a la protección del Derecho a la Seguridad Social en nuestro ámbito interno, ya hemos dicho que el derecho a la Seguridad Social viene regulado en el artículo 41 de la Constitución Española de 1978, respecto al que creo conveniente remarcar que, dada su ubicación sistemática en el Capítulo III del Título I de la Constitución (*“De los principios rectores de la política social y económica”*), no goza de la protección específica que el artículo 53.2 del mismo cuerpo legal brinda a los derechos considerados como “Fundamentales” en la propia Constitución, sino de una protección ordinaria derivada de su consideración en la misma como principio rector. Todo ello pese a su expreso reconocimiento como Derecho

Social Fundamental por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Constitución Española de 1978 no regula solo el derecho a la Seguridad Social en el mencionado artículo 41 de la misma sino que también lo hace en los artículos 25.2, 129.1, 149.1.17 y se aplica en consonancia con los artículos 39, 43, 49 y 50 de la misma y siempre íntimamente relacionada con los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico que son los que caracterizan a un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es el nuestro.

El sistema de Seguridad Social no va a depender únicamente del mandato constitucional, sino también de todas las normativas de desarrollo que en base al artículo 41 de la Constitución Española existen.

Pues bien, dejando de lado la faceta de la protección constitucional, creo conveniente resaltar aquí que, pese a tal caracterización por parte de la Constitución como un simple principio rector, lo cierto es que, en la práctica, el derecho a la Seguridad Social se viene a considerar como derecho público subjetivo de carácter prestacional, de modo que una interpretación rígida de su carácter de principio rector impediría su invocación por parte de los ciudadanos ante los poderes públicos; en este mismo sentido, vemos cómo la mayoría de cuerpos normativos internacionales lo consideran como derecho público subjetivo.

Este derecho viene reconocido en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos pero, del mismo modo, viene

regulado en otros instrumentos de carácter internacional que le otorgan la relevancia que ostenta dentro del sistema normativo español, europeo e internacional.

Con todo ello, puedo afirmar que, dado su contenido, el derecho a la Seguridad Social, por lo tanto, es un Derecho Social Fundamental de carácter prestacional tanto en su vertiente interna como en su vertiente internacional.

Por lo que se refiere a la configuración del DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO PRESTACIONAL las CONCLUSIONES a las que he llegado se resumen en las siguientes:

PRIMERA.- Se puede afirmar que la Seguridad Social es, sin duda, el resultado de un largo proceso histórico y normativo cuya finalidad es la consecución de un gran fin: la protección del ciudadano ante aquellas situaciones de necesidad económica que nacen de alguna contingencia que dificulte o impida el trabajo y, por tanto, suponga una merma en los ingresos a percibir. Pues bien, estas situaciones pueden darse a lo largo de la vida de la persona por diversas razones (accidentes de trabajo, incapacidad temporal, maternidad,...); en un principio, esta protección, estaba pensada única y exclusivamente para el colectivo de ciudadanos en activo (que ocupasen un puesto de trabajo), pero, poco a poco, se avanza en el área de la Seguridad Social consiguiendo que,

además, se consigan cubrir dichas situaciones de una manera mucho más amplia y así poder alcanzar a “*todos los ciudadanos*” si bien es cierto que no a *todas las personas*.

SEGUNDA.- Cuando hablamos de derecho a la Seguridad Social existen exigencias legales de las que dependerán la concesión de un derecho determinado (prestación), y que, por tanto, dependerá de las características del individuo o de otras circunstancias como puede ser, por ejemplo, la situación administrativa regular en el país para la concesión de la prestación, en ocasiones dejando de lado la verdadera necesidad del sujeto y, por tanto, alejándonos del verdadero significado de Universalidad e Igualdad dentro del sistema.

TERCERA.- El derecho a la Seguridad Social es un derecho de carácter prestacional, es decir, debe proteger al individuo mediante la cobertura de la necesidad económica generada por una contingencia concreta, por lo que se basa, en la mayor parte de los casos, en prestaciones monetarias que intentan suplir una situación de necesidad.

CUARTA.- El tipo de características exigibles a los individuos para acceder a la Seguridad Social va a depender de la prestación a la que se quiera tener acceso, es decir, dentro del derecho a la Seguridad

Social no serán idénticas las exigencias que se demanden para la obtención de cada prestación.

QUINTA.- La aplicación del principio de Igualdad en el sistema va a ser utópica porque, desde el momento que el legislador exige unas características diferentes a supuestos de hecho prácticamente iguales para acceder a las prestaciones, está consintiendo un trato diferenciado de los individuos. No debemos olvidar que el acceso a determinadas prestaciones (o derechos), está condicionado por el cumplimiento de las normas en materia de Derechos Humanos y que, en ocasiones, nuestro sistema vulnera dichos derechos, como posteriormente se verá.

Respecto a la RELACIÓN EXISTENTE ENTRE NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y UNIVERSALIDAD debo advertir las siguientes CONCLUSIONES:

PRIMERA.- En cuanto a la suficiencia de nuestro sistema de Seguridad Social se debe destacar que el compromiso de que las prestaciones sean adecuadas a las necesidades de los individuos y a la consecución de que su forma de vida no merme (recordemos que, en muchos casos, se trata de ingresos sustitutorios al salario habitual en caso de necesidad), va a ser responsabilidad del Estado (emanado del carácter de Estado Social), y, por tanto, debe tender a la sustitución de rentas. Además la suficiencia debe orientar también el catálogo de

prestaciones para que éste realmente responda a las diferentes situaciones de necesidad que puedan llegar a darse.

SEGUNDA.- Dada la situación actual de crisis y las medidas que se están llevando a cabo por parte de los poderes públicos, va a ser necesario esperar un tiempo para observar qué es lo que ocurre con nuestro sistema actual de Seguridad Social y cómo afectan las medidas venideras a las prestaciones tanto en su nivel contributivo como en su nivel no contributivo. En todo caso, conviene recordar que las exigencias constitucionales (que sea un sistema público y suficiente), siguen vigentes y así se manifiestan en los compromisos internacionales del Estado español.

No obstante, parece que se ha producido, sin lugar a dudas, un retroceso social fundamentado en la crisis económica que azota la economía global desde hace casi una década que ha fomentado el pensamiento individualizado de los Estados dejando de lado, en ocasiones, la base del carácter social de los mismos y, por tanto, ha supuesto una merma en la aplicación real de los principios de Universalidad e Igualdad buscando formas de sortearlos para darles cumplimiento, únicamente, en sus mandatos básicos; si bien es cierto que la crisis económica y la caída del empleo han supuesto una merma en las entradas dinerarias en las arcas del sistema de Seguridad Social, lo que ha propiciado el recorte en el acceso a ciertas prestaciones.

TERCERA.- En lo que se refiere al principio de Universalidad se puede decir que lleva implícito que todas y cada una de las personas, por el hecho de serlo, deben y tienen derecho a participar de los beneficios del sistema de Seguridad Social haciendo eco de lo establecido para un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, es decir, el sistema debe propiciar la protección de cualquier sujeto independientemente de su procedencia, clase social, etnia o religión como derecho englobado dentro de los Derechos Humanos; ahora bien, tal y como se ha visto a lo largo de estas páginas, este principio no es más que un principio de aplicación relativa por lo que la Universalidad, tal y como nos gustaría entenderla, obviamente no existe en nuestro sistema de Seguridad Social.

Nuestro sistema de Seguridad Social debería proteger y aplicar el principio de Universalidad enfocado desde sus dos vertientes fundamentales: por un lado, su vertiente objetiva cubriendo todas y cada una de las contingencias con las que se pueda encontrar un sujeto a lo largo de su vida y, por otro, su vertiente subjetiva, otorgando cobertura a todas y cada una de las personas, más si cabe en un mundo cada vez más globalizado como es el nuestro.

CUARTA.- El principio de Igualdad es uno de los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, se debe aplicar en todas y cada una de las ramas del derecho incluido, por supuesto, el derecho

a la Seguridad Social. Sin existencia y aplicación de este principio difícilmente vamos a poder conseguir que nuestro sistema de Seguridad Social sea Universal como, de hecho, hemos visto que ocurre. Según este principio deberíamos darle un trato idéntico a todos los sujetos que se encuentren en idénticas situaciones de necesidad, ahora bien, ya se ha visto a lo largo de estas páginas que no siempre es así. Un ejemplo claro es el trato a los extranjeros en situación administrativa irregular y su acceso al sistema nacional de salud pública.

QUINTA.- Sin un sistema que promulgue la Igualdad efectiva entre todos los sujetos de la sociedad, independientemente de sus características personales, difícilmente vamos a poder cumplir con los criterios del principio de Universalidad y, por tanto, aplicar dicho principio de forma total y efectiva.

En tal sentido, por ejemplo, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género supone una manifestación de tal igualdad efectiva en materia de derechos sociales, al establecer en su artículo 17 que *“Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley”*. Y, además, su artículo 21 prevé que la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho a la reducción o reordenación de su jornada

laboral; a la movilidad geográfica; al cambio del centro de trabajo; a la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo y a la extinción de su contrato, siendo que el ejercicio de estos dos últimos dará lugar a la situación legal de desempleo, considerándose el tiempo de suspensión como periodo de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social y de desempleo.

SEXTA.- Aunque nuestro sistema tiene la base suficiente para convertirse en un sistema Universal, no lo es de manera eficaz ya que, en muchas ocasiones, las diferenciaciones llevadas a cabo a lo largo de la historia, algunas de ellas subsanadas años atrás y otras sin solución todavía, siguen denotando el carácter de Universalidad relativa del sistema de Seguridad Social español.

Por otro lado, dado que la temática central de la presente tesis trata sobre la adaptación de los principios de Igualdad y Universalidad en materia de Seguridad Social, se hace preciso resaltar las siguientes CONCLUSIONES acerca de la situación de los EXTRANJEROS ANTE NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL:

PRIMERA.- Dentro de nuestro sistema de Seguridad Social tienen cabida, obviamente, los extranjeros. Se debe aceptar la migración como un fenómeno social y global desde finales del siglo XX en nuestro

país y, por tanto, hay que tomar especial atención con lo que ocurre con estas personas sin olvidar, precisamente, que son personas y que, por tanto, son sujetos titulares de los Derechos Humanos. En el caso español hay una diferenciación clara entre los inmigrantes venidos a nuestro país si hablamos de extranjeros en situación administrativa regular en España o en situación administrativa irregular, si existen convenios bilaterales en materia de Seguridad Social o si no existen.

SEGUNDA.- Con la aplicación de las normas internacionales, europeas y comunitarias en consonancia con el ordenamiento jurídico interno es cierto que estamos ante una situación que, aunque cambiante en el tiempo, ha llevado a situaciones que no estaban protegidas para, después protegerlas de manera muy amplia y, en estos momentos, alcanzar una postura intermedia si bien es cierto que se ha llegado, por ejemplo, a la equiparación total de acceso al sistema de Seguridad Social a todos aquellos trabajadores extranjeros que se encuentren en España en situación administrativa regular y, sin lugar a dudas, las normas internacionales han sido, en gran medida, las que han propiciado la extensión del sistema de Seguridad Social a este colectivo en particular.

TERCERA.- En cuanto a la consideración de los extranjeros en la Constitución Española de 1978 se puede pensar que, el constituyente, a tenor de lo establecido en los artículos 10.2 y 13.1 de la misma, optó

por la Universalidad real del sistema incluyendo a todas las personas en el ámbito del disfrute de los derechos sociales pero también es cierto que ambos preceptos son los que conceden total libertad al legislador para regular las normas relativas a extranjería, respetando siempre la dignidad de las personas y lo establecido en los mandatos internacionales y comunitarios, pero el legislador lo ha interpretado de tal modo que ha generado avances y retrocesos en dicho sistema normativo.

La consideración de extranjero (sin tener en cuenta al comunitario), supone una diferenciación en el régimen jurídico aplicable al mismo y que ha variado mucho desde 1985 cuando se aprobó la Ley Orgánica 1/1985 sobre derechos de los extranjeros en España, pero es cierto que el legislador ha debido ir adaptando todas las normas de extranjería en función de las necesidades de cada época para, definitivamente, agregar a dichas normas el carácter que hace que se diferencien en menor medida de los nacionales así, la actual ley que regula el derecho de los extranjeros en España incluye, además, su integración social en España concepto que se introdujo con la Ley Orgánica 4/2000.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ha sufrido diversas modificaciones, la última de ellas operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. En ella se regula la situación de los extranjeros en España y los diferencia a la hora de aplicación de los derechos, de nuevo, en función a su situación administrativa (regular o irregular).

CUARTA.- Nuestro ordenamiento jurídico exige a los extranjeros la obtención de autorizaciones de residencia y trabajo para poder prestar sus servicios como trabajadores en España para que los efectos, además, de nuestras normas laborales y, por tanto, de las normas de Seguridad Social sean de aplicación a los mismos en idénticas circunstancias a los nacionales.

No suelen presentarse problemas en cuanto al principio de Igualdad y Universalidad en este sentido, si bien es cierto aparecen ciertas fisuras en el sistema en las que la regulación de las prestaciones afecta de manera distinta a extranjeros regulares y nacionales. Un claro ejemplo de ello es la prestación por hijo o menor a cargo que, si bien no establece regulación diferente, sí que supone una diferencia entre ambos ya que la residencia del hijo o menor a cargo va a determinar la concesión o no de dicha prestación. Si bien es cierto que las exigencias legales para unos y otros son idénticas, la residencia en España de esos hijos afecta en mayor medida a extranjeros que a nacionales.

Una de las cuestiones fundamentales es, sin lugar a dudas, la relativa a las autorizaciones administrativas para residir y trabajar en España, así pues, nuestro ordenamiento jurídico en consonancia con el comunitario supeditan la permanencia del extranjero a la obtención de las preceptivas autorizaciones administrativas que son, además, las que permiten o limitan el acceso del extranjero al mercado de trabajo y,

por ende, al sistema de prestaciones de la Seguridad Social y el legislador español, en este sentido, decide incluir o excluir a los extranjeros en situación administrativa irregular en el disfrute de determinados derechos. Lo que supone supeditar el disfrute de los derechos sociales a la situación administrativa regular del extranjero; es cierto que el legislador, dentro de su libertad para legislar este tipo de derechos puede atribuir dicha exclusión a la no participación de estas personas en la sostenibilidad del sistema ni por la vía impositiva ni por la vía de cotizaciones.

QUINTA.- En lo que se refiere a los extranjeros en situación administrativa irregular en España, por el contrario, únicamente se les va a reconocer la protección social básica, es decir, la que va encaminada a la protección de la vida o de la integridad física, si bien es cierto que, en el caso de prestaciones de la Seguridad Social, la doctrina y la jurisprudencia han optado por la defensa de aquellos trabajadores en situación administrativa irregular que quedaban fuera de aplicación del sistema en el caso de desempleo, accidentes de trabajo o enfermedad profesional.

Así, por lo que se refiere a estos mismos extranjeros en situación administrativa irregular en España, el principio de Universalidad no opera en su totalidad, ya que no es de aplicación a todas las personas y todas las prestaciones, vinculando el acceso a nuestro sistema de Seguridad Social a los criterios de nacionalidad o situación

administrativa regular en nuestro país pero que sí demandan tanto el Derecho Internacional como el Europeo y es que nuestro ordenamiento jurídico no obliga a aplicar el principio de Igualdad a los extranjeros en situación administrativa irregular en España en relación a los españoles, como norma general, por lo que, al no operar el principio de manera absoluta, no estamos propiciando la consecución de la Universalidad real del sistema sino, únicamente, la Universalidad relativa del mismo.

En definitiva se podría establecer que el derecho de Igualdad en el acceso a nuestro sistema de Seguridad Social se establece, únicamente, para los extranjeros residentes.

SEXTA.- El trato igualitario y la equiparación en materia de Seguridad Social entre nacionales y extranjeros en situación administrativa regular en España viene determinado por las normas que regulan los derechos y libertades de los extranjeros en España en relación a lo establecido en normas de carácter supranacional que obligan al Estado español a entenderlo de ese modo por lo que, a día de hoy, se produce una equiparación plena de derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social.

Los extranjeros en situación administrativa regular en España cuentan, en materia de Seguridad Social, con los mismos derechos que cualquiera de los nacionales siempre y cuando cumplan con los requisitos de cotización (o cualquier otro), que se exigen para las

prestaciones de la Seguridad Social; podemos encontrar una grieta en la prestación por hijo a cargo que, como se ha podido ver, se extiende a todos por igual pero exige un criterio de residencia del menor a cargo en nuestro país. Esta situación ha ido cambiando con el tiempo y ha pasado de ser extremadamente restrictiva a ser más laxa para, finalmente, volver a ser restrictiva con el criterio y exigir la convivencia con el progenitor. Los más vulnerados son, sin lugar a dudas, los extranjeros migrantes que viven dentro de nuestras fronteras y que no han podido o no han querido acceder a la reagrupación familiar. Este criterio, obviamente, va a ser un punto de inflexión o desigualdad entre nacionales y extranjeros.

A mi parecer, atenta contra el principio de Igualdad porque el hijo o menor a cargo de un español, en principio, va a tener la misma residencia que su progenitor mientras que el de un extranjero puede seguir en su país de origen pero eso no impide que el hijo o menor no siga a cargo de su padre y necesite de dichos ingresos para sustentarse.

SÉPTIMA.- Los extranjeros en situación administrativa irregular en España son los grandes afectados dentro del ámbito de aplicación de nuestro sistema de Seguridad Social ya que se ha llegado a interpretar que tras la existencia de una relación de trabajo irregular, la correspondiente obtención de las prestaciones del sistema de Seguridad Social supondrían la concesión de las autorizaciones

administrativas para residir y trabajar en España por lo que, debido a una cuestión de carácter administrativo, se ha optado por ser más restrictivos en este sentido razonando la postura en la posibilidad de que se produjese una migración desmedida.

OCTAVA.- En materia de adaptación de los principios de Igualdad y Universalidad a prestaciones concretas de las reconocidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se pueden destacar las siguientes:

En materia de la prestación por desempleo y los extranjeros en situación administrativa irregular en España, comenzaré señalando que tal prestación ha supuesto muchos criterios interpretativos en sentidos totalmente contradictorios: desde el prisma más restrictivo en el que se entendía nulo el contrato de trabajo hasta hallar el contrato de trabajo válido y, por tanto, reconocer el acceso a las prestaciones derivadas del mismo como era, por ejemplo, el desempleo llegando a tratar el problema más desde la vertiente administrativa del mismo que desde su vertiente social.

En 2008, el Tribunal Supremo, deja de reconocer la validez del contrato de trabajo con extranjeros en situación administrativa irregular en España y, por tanto, su inclusión en el sistema de Seguridad Social por lo que entiende que no se atenta ni contra el principio de Igualdad ni contra el principio de Universalidad.

Lo más coherente en relación a los principios de Igualdad y Universalidad sería reconocer el derecho de los extranjeros en situación administrativa irregular en España a acceder a la prestación por desempleo ya que, efectivamente, han realizado un trabajo remunerado para un empleador, pero tras la doctrina reiterada del Tribunal Supremo en relación con la actual redacción del artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no cabe la concesión de la prestación a lo que entiendo que se vulnera el principio de Igualdad y, por tanto, la Universalidad real del sistema ya que en las mismas circunstancias un trabajador nacional que haya prestado sus servicios para un empleador y no haya sido dado de alta en el sistema, mediante el mecanismo de alta presunta, se le concedería acceso a las prestaciones del sistema de Seguridad Social.

En el caso de los accidentes de trabajo, tras dos importantes Sentencias del Tribunal Supremo del año 2003 y la modificación del artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, basándose en el principio de automaticidad de las prestaciones se reconoce el derecho a los extranjeros en situación administrativa irregular en España; se entiende que los extranjeros en situación administrativa irregular tendrán derecho a las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional, ya que estaban realizando un trabajo remunerado y merecían la misma protección que un nacional,

adaptándose así nuestro ordenamiento jurídico a lo establecido en los Convenios número 19 y 97 de la OIT.

De este modo, en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se puede afirmar que el extranjero en situación administrativa irregular en España goza de la misma protección que un nacional y que, por tanto, la consecución de la Igualdad en esta materia ha sido absoluta.

Por su parte, en cuanto a la asistencia sanitaria, el sistema de salud pública también establece diferencias de trato entre nacionales o extranjeros en situación administrativa regular y los extranjeros en situación administrativa irregular en España.

Pese a que la asistencia sanitaria se encuentra fuera de la regulación del TRLGSS, debe ser abordada en este estudio pues forma parte del sistema de protección social y se vincula en general al concepto de Seguridad Social.

La salud es uno de los bienes a proteger más importantes por lo ligada que está, en muchas ocasiones, a la vida que, recordemos, se trata de un Derecho Fundamental; es por este motivo que el legislador ha determinado la concesión del derecho a la asistencia sanitaria pública en España únicamente a los extranjeros en situación administrativa irregular pensando en casos que puedan atentar contra el derecho a la vida como consecuencia derivada del derecho a la salud y permitiendo la asistencia sanitaria a mujeres embarazadas, menores o en caso de

enfermedades o accidentes graves y dando la espalda a estos colectivos en el resto de situaciones médicas. Es una de las causas que más evidencian el trato desigual y, por tanto, la falta de concreción del principio de Universalidad dentro de nuestro sistema de Seguridad Social.

Este trato no supone una Universalidad total del sistema ya que limita la protección a casos excepcionales tales como ser menor de edad, estar embarazada o en situación de postparto o que se trate de una urgencia de carácter vital, quedando el resto de extranjeros en situación administrativa irregular en España fuera del alcance de la protección a la salud que, en mi opinión, debería poseer un alcance universal real y no relativo.

En cuanto al derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares, la regulación española resulta caótica debido a los numerosos e importantes cambios que en esta materia se han producido en los últimos años.

Entendiendo el derecho a la asistencia sanitaria como un Derecho Humano que garantiza el derecho a la vida de las personas pienso que deberíamos establecer un sistema mucho más universalizado en el que primara el ser *persona* y no vincular el derecho a criterios de ciudadanía o residencia ya que este derecho en concreto, debería gozar en mayor medida del principio de Universalidad y ser de aplicación para todos y no establecerse categorías de ciudadanos para

limitar el acceso a la misma atentando, de ese modo, al principio de igualdad e impidiendo la Universalidad real del sistema.

En orden a la problemática de las PAREJAS DE HECHO ANTE NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL entiendo importante resaltar las siguientes CONCLUSIONES:

PRIMERA.- Las parejas de hecho son una realidad social en nuestra sociedad. Forman parte de los cambios operados en los últimos años en lo que al concepto tradicional de familia se refiere y, en este sentido, se hacía necesaria un cambio en las regulaciones encaminadas a un reconocimiento fehaciente del principio de igualdad de estas frente a los matrimonios tradicionales en diversas áreas del derecho.

En lo que a mi estudio se refiere estas uniones se veían perjudicadas, por ejemplo, en el caso del acceso a la pensión de viudedad y, aunque hoy en día se les ha reconocido dicho derecho es cierto que no se ha configurado legalmente de manera idéntica a la establecida para el matrimonio tradicional lo que sigue demostrando que no existe una igualdad real entre unas y otras.

SEGUNDA.- Como consecuencia de lo anteriormente dicho, las parejas de hecho son otro de los colectivos que se han visto afectados durante largos años por la inaplicación del principio de igualdad en nuestro sistema de Seguridad Social, sobre todo en lo referente a las

prestaciones familiares. Un claro ejemplo de ello ha sido el reconocimiento de la pensión de viudedad para este tipo de parejas; es cierto que desde hace unos años sí se les reconoce el derecho a la percepción de la prestación pero se les concede en unas condiciones de desigualdad flagrante si los comparamos con los sujetos que han optado por contraer matrimonio.

Ha habido un avance legislativo, sin lugar a dudas, en lo que a la regulación de las parejas de hecho se refiere dotándoles de ciertos derechos de los que antes se veían privados pero no sin cumplir con unas exigencias legales determinadas para comprobar la efectiva existencia de la pareja de hecho como son, por ejemplo, la convivencia *more uxorio*, que no exista impedimento legal para contraer matrimonio, que ostenten una relación pública y notoria y que la relación sea monogámica.

El cambio fundamental se produce en el año 2007 en el que la Ley 40/2007 introduce la posibilidad de que las parejas de hecho puedan tener acceso a la pensión de viudedad con las características de que, además de los requisitos generales exigidos a los matrimonios, deberán cumplir con otra serie de exigencias formales lo que no hace más que evidenciar dicha diferenciación.

El legislador, en la propia Ley 40/2007 pone de manifiesto que dichas exigencias se establecen por el miedo a que aparezcan parejas de hecho fraudulentas razonando y justificando así el trato diferenciado entre las mismas y los matrimonios, ahora bien, se producen una

diferencias que, a mi parecer, resaltan una desigualdad latente entre unos y otros por lo que, como justifiqué, es una igualdad que, en materia de viudedad y parejas de hecho, está difusa.

TERCERA.- En relación a la pensión de viudedad y las parejas de hecho, el Tribunal Constitucional estableció en su Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, que el acceso al matrimonio es una libertad de los sujetos y que esa libertad justificaba el trato diferenciado entre las parejas que habían optado por el matrimonio y las que no lo habían hecho por lo que, de forma general, se negaba el acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho. Tras la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, se reconoce el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho con unas exigencias diferentes a las establecidas para el caso de los matrimonios.

Estas exigencias encuentran su justificación en la necesidad de probar fehacientemente que la relación es real y, aunque es cierto que no ha encontrado una equiparación total a la regulación realizada para los matrimonios y que pugna con el principio de igualdad; aunque ha habido un acercamiento y un reconocimiento de la prestación, a mi parecer, quedan muchos cambios que producirse para la equiparación entre las parejas de hecho y los matrimonios.

En cuanto a los VÍNCULOS CONYUGALES ANTE NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL debo resaltar las siguientes CONCLUSIONES:

PRIMERA.- Las parejas formadas por personas del mismo sexo han sido otro de los colectivos más afectados por las carencias en materia de Igualdad dentro de nuestro sistema de Seguridad Social.

Desde la entrada en vigor de la ley que permite el matrimonio entre sujetos del mismo sexo la situación cambia, ya que pueden acceder a las prestaciones familiares en las mismas condiciones que cualquier otro matrimonio. El sistema, en ocasiones, ha reconocido la concesión de la prestación a parejas que no habían podido optar al matrimonio por la inexistencia del mismo antes del fallecimiento de uno de los cónyuges; a partir de la aprobación de la ley que permite el acceso a la institución del matrimonio a parejas del mismo sexo, esto deja de hacerse ya que cuentan con los mismos derechos que el resto.

De este modo puedo concluir que los matrimonios formados por personas del mismo sexo quedan equiparados a los matrimonios tradicionales por lo que, en este caso, existe total aplicación del principio de Igualdad en el amplio sentido del mismo y, por tanto, gozamos asimismo de una equiparación total, lo que nos conduce a la Universalidad del sistema en este ámbito concreto.

SEGUNDA.- Con la globalización de la sociedad aparecen personas pertenecientes a otras culturas y religiones y, con ello, uno de los problemas que aparecen dentro de nuestro sistema de Seguridad Social en materia de prestaciones familiares es, de nuevo, la concesión de la pensión de viudedad cuando hay, por ejemplo, matrimonios poligámicos. En este caso hay que estar a las normas establecidas en el país de origen y, en tal sentido, nuestro país prohíbe tajantemente este tipo de uniones; es más, atentan contra el orden público y son un ilícito penal.

Por ello, puedo afirmar que la relación de los matrimonios poligámicos con la pensión de viudedad es compleja ya que, por un lado, el reconocimiento de dichas uniones va contra el orden público pero, por otro, el no reconocer el derecho a la pensión a las viudas que han contraído matrimonio válido conforme al ordenamiento jurídico de sus países de origen no sería justo, por lo que se ha optado por la excepción del orden público atenuado; es decir, reconocer ciertos efectos legales a estas uniones finalmente basando las decisiones, por analogía, en el Convenio Hispano-Marroquí y el Convenio Hispano-Tunecino, ya que en ambos se reconoce la pensión de viudedad a todas las viudas del causante estableciendo un criterio de distribución por partes iguales a las que, finalmente, resulten ser esposas del mismo en función de lo establecido en sus determinadas legislaciones. De este modo se encuentra una respuesta a un conflicto difícil de

solventar por otras vías y, por tanto, consiguiendo una solución lo más igualitaria posible.

Esto supone un trato igualitario a todas las viudas del causante pero sin vulnerar nuestro ordenamiento interno, acercándonos con respeto a los matrimonios polígamos y dando solución a la problemática surgida en materia de pensión de viudedad pero sin permitir que la figura de la poligamia entre a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico.

TERCERA.- Para que exista derecho a percibir la pensión de viudedad se hace necesario que haya existido matrimonio legalmente celebrado al amparo de lo establecido en los artículos 49 y ss. del Código Civil, cosa que no ocurre con los matrimonios celebrados por ritos consuetudinarios.

Con ello, debo reseñar que, desde hace décadas, una de las grandes dificultades planteadas en nuestro país en orden al reconocimiento de la pensión de viudedad es, precisamente, la figura de los matrimonios consuetudinarios contraídos mediante los ritos propios de la etnia gitana.

Así, basados en sus creencias, los sujetos de etnia gitana optan por contraer matrimonio por su rito característico; lo que ha ocurrido tradicionalmente es lo mismo que ocurre con los sujetos del mismo sexo que a día de hoy no optan por contraer matrimonio; es decir, se denegaba el acceso a la pensión porque no contraían válidamente matrimonio en la forma prevista en nuestro Código Civil, sin existir

ningún impedimento en nuestro ordenamiento jurídico para que accediesen al mismo.

En este ámbito, la STEDH de 8 de diciembre de 2009, reconoció discriminación por no conceder la pensión de viudedad al miembro superviviente de un matrimonio celebrado por el rito gitano, y ello marcó un antes y un después: en efecto, estableció que existía vulneración del principio de Igualdad y se reconoció el derecho a la prestación en las mismas condiciones en que se reconoce a las parejas de hecho.

No obstante, bajo mi punto de vista, no creo que exista dicha vulneración del principio de Igualdad, ya que, si los contrayentes de los matrimonios consuetudinarios no gozan de la protección del sistema de Seguridad Social reconocido a los demás matrimonios válidamente celebrados y constituidos con arreglo a lo previsto en nuestro Código Civil, ello es precisamente por el hecho de no suscribir los requisitos legalmente establecidos para el acceso a la prestación en cuestión; uno de ellos, el vínculo matrimonial legalmente contraído para acceso al Registro Civil y, con ello, reconocimiento de su validez *erga omnes*.

En la actualidad la situación persiste. En efecto, la modificación operada en el Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, abrió la posibilidad de contraer matrimonio y su consecuente acceso al Registro Civil, además de por las tradicionales formas civil o religiosas anteriormente previstas, por cualesquiera de las formas previstas por las iglesias, comunidades religiosas o confederaciones de las mismas que hayan tenido el reconocimiento de

notorio arraigo en España, cosa que no ocurre con el matrimonio contraído por el rito propio de la etnia gitana, que sigue teniendo la consideración de matrimonio consuetudinario y, consecuentemente, no tiene acceso al Registro Civil como tal y, por ende, no podrá ser acreditado a los efectos de acceso a la prestación de viudedad.

Esta situación es, no obstante, salvable: si los contrayentes, además de celebrar su enlace por los ritos propios de la etnia gitana, celebran solemnemente su matrimonio en alguna de las formas previstas y permitidas por nuestro Código Civil. Obviamente, pese a referirme al matrimonio celebrado de acuerdo con el rito gitano por ser un fenómeno con enorme incidencia en nuestra sociedad, tales consideraciones son extensivas a todo tipo de matrimonios consuetudinarios en caso de que, fallecido uno de los miembros de la pareja, quiera el supérstite acceder a la prestación de viudedad de nuestro sistema de Seguridad Social.

En cuanto a la PENSIÓN DE ORFANDAD es de destacar la siguiente

CONCLUSIÓN:

ÚNICA.- Es cierto que la pensión de orfandad no presenta problemas de adaptación y cumple con los principios de Igualdad y Universalidad real del sistema pero me ha parecido oportuno hacer mención a ella como claro ejemplo de que no todas las prestaciones del sistema de Seguridad Social son problemáticas. En este caso no importa la

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL:
ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL A LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD E
IGUALDAD RECONOCIDOS EN EL ÁMBITO EUROPEO E INTERNACIONAL

nacionalidad o residencia del huérfano (como sí ocurre en el caso de la prestación por hijo o menor a cargo), teniendo únicamente en consideración si el causante cumplía con los requisitos de alta y cotización y la filiación real del huérfano.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V., Añón Roig, M. J., y Courtis, C. (2003). *Derechos sociales: Instrucciones de uso*. México, D.F.: Fontamara.
- Abramovich, V., y Courtis, C. (2006). *Los derechos sociales en el debate democrático*. Madrid: GPS-Madrid.
- Abramovich, V., Courtis, C., y Ferrajoli, L. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Abugattas, G. (2015). Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales [BOE n.º 288, de 28-XI-2014]: Acuerdos internacionales administrativos y acuerdos interinstitucionales: Comentario a las regulaciones española, mexicana y peruana. *Ars Iuris Salmanticensis: AIS : Revista Europea e Iberoamericana De Pensamiento y Análisis De Derecho, Ciencia Política y Criminología*, 3(1), 257-261.
- Adnane Rkioua, A. (2011). El artículo 10.2 CE: Un cauce para integrar el contenido de los derechos sociales: Reflexiones tras la ratificación de España del pacto facultativo al pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 126-140.

Aguado i Cudolà, V. (2014). Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: La crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar. *Revista Vasca De Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, (99), 87-110.

Aguila Cazorla, O. d., Montoya Melgar, A., y Sempere Navarro, A. (2003). *Comentarios a la ley general de la Seguridad Social*. Murcia: Laborum.

Aguilera Izquierdo, R., Rodríguez Cardo, I. A., García Murcia, J., y Castro Argüelles, M. A. (2009). *Legislación histórica de previsión social: En el centenario del instituto nacional de previsión: Textos y comentarios* (1a edición). Cizur Menor Navarra: Aranzadi.

Alarcón Caracuel, M. R. (1999). *La Seguridad Social en España*. Pamplona: Aranzadi.

Alarcón Caracuel, M. R., y Garrido Pérez, E. (2000). *Dret del treball y de la seguretat social*. Madrid: Tecnos.

Alarcón Caracuel, M. R., y González Ortega, S. (1991). *Compendio de Seguridad Social* (4ª edición renovada). Madrid: Tecnos.

Alarcón Caracuel, M. R., y Rodríguez Ramos, P. T. (2003). *Comentarios a la ley general de la Seguridad Social*. Pamplona: Aranzadi.

- Alarcón Castellanos, M. d. M., y Roldán Martínez, A. (2009). Algunas reflexiones críticas sobre la pensión de viudedad de las parejas de hecho. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (319), 97-120.
- Albiñana García-Quintana, C., García de Enterría, E., y Martín-Retortillo, S. (1991). *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales* (1ª edición) Centro de Estudios Constitucionales.
- Alfonso Mellado, C. L. (2008). La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar. *Revista De Derecho Social*, (43), 179-203.
- Alfonso Mellado, C. L. (2010). Protección frente al accidente de trabajo del extranjero sin autorización de residencia y trabajo. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2010). *Revista De Derecho Social*, (50), 189-207.
- Alfonso Mellado, C. L., Jimena Quesada, L., y Salcedo Beltrán, M. C. (2014). *La jurisprudencia del Comité Europeo de derechos sociales frente a la crisis económica* (1ª edición). Albacete: Bomarzo.

- Alfonso Mellado, C. L. (2015). La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (12), 13-33.
- Alfonso Mellado, C. L. (2015). Constitución, tratados internacionales y derecho del trabajo. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 1-88.
- Almendros González, M. Á., Moreno Vida, M. N., Monereo Pérez, J. L., y Díaz Aznarte, M. T. (2013). *La pensión de viudedad: Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*. Granada: Comares.
- Alonso García, B., García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J. R., y Villa Gil, Luis Enrique de la. (2004). *Derecho de la Seguridad Social* (4a edición). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Alonso Iglesias, J. L. (2003). Los Derechos Humanos de tercera generación y los movimientos sociales. *Humanismo y Trabajo Social*, (2), 47-70.
- Alonso Olea, M. (2001). *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*. Madrid: Civitas.
- Alonso Olea, M., y Casas Baamonde, M. E. (2003). *Derecho del trabajo* (21ª edición revisada). Madrid: Civitas.

Alonso Olea, M., Martín Valverde, A., Montoya Melgar, A. y Rodríguez-Sañudo, F. (1990). *Cuestiones actuales de derecho del trabajo: Estudios ofrecidos...al profesor Manuel Alonso Olea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J. L. (2002). *Instituciones de Seguridad Social* (18ª edición revisada). Madrid: Civitas.

Alonso-Olea García, B. (2011). *Extranjería y trabajo: Aspectos relevantes del Derecho de extranjería y sus implicaciones en el derecho del trabajo y de la Seguridad Social* (1ª edición). Cizur Menor Navarra: Civitas.

Alonso-Olea García, B. (2013). *Derecho de la protección social: Derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*. Cizur Menor Navarra: Civitas; Thomson Reuters.

Alonso-Olea García, B., García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R. (2011). *La reforma de la Seguridad Social 2011* (1ª edición). Valladolid: Lex Nova.

Alvarado Planas, J. (1997). Origen de los Derechos Humanos. *Los derechos en Europa* (1ª edición, pp. 15-46) Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNEDICIÓN

Alvarez Cortés, J. C. (2001). *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario* (1ª edición) Tecnos.

Alvarez Cortés, J. C., y Plaza Angulo, J. J. (2008). Prestaciones de Seguridad Social. Sobre la imposibilidad de acceder a la protección por desempleo por los trabajadores inmigrantes en situación irregular. *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (97), 223-238.

Álvarez Cuesta, H. (2009). Uniones de hecho y su incidencia en la Seguridad Social. *Actualidad Laboral*, (19), 2.

Alvarez del Cuvillo, A. (2008). Residencia de los extranjeros extracomunitarios y prestaciones familiares de Seguridad Social. *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (96), 97-134.

Alzaga Villaamil, O., y Morodo, R. (1996; 1999). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Edersa etc.

Amaadachou Kaddur, F. (2011). La prestación por desempleo desde la perspectiva del inmigrante en situación administrativa irregular, ¿trabajadores de hecho pero no de derecho? *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (110), 215-228.

- Angoitia Grijalba, M., y Tobes Portillo, P. (2006). La protección por desempleo de los inmigrantes en España. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (61), 41-60.
- Añón Roig, M. J., Abramovich, V., y Universitat de València. (2004). *La universalidad de los derechos sociales, el reto de la inmigración*. Valencia: Universitat de València etc.
- Añón Roig, M. J. y García Añón, J. (2004). *Lecciones de derechos sociales* (2ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ansuátegui Roig, F. J. (2005). *Derechos Fundamentales, valores y multiculturalismo*. Madrid: Dykinson.
- Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E., y Peces-Barba, G. (1998). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Ansuátegui Roig, F. J., Fernández García, E., Peces-Barba, G., Rodríguez Uribe, J. M., e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2001). *Historia de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Apaisi Miralles, M. A. (1990). La declaración de independencia americana de 1776 y los derechos del hombre. *Revista De Estudios Políticos*, (70), 209-224.

- Aparicio Tovar, J. (2002). El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria. *Comentario a la Constitución socio-económica de España* (1ª edición, pp. 1553-1566) Comares.
- Aramburu, J., y Canals, A. (2014). La situación y el debate sobre la previsión social complementaria en España. *Ekonomiaz: Revista Vasca De Economía*, (85), 65-94.
- Arango, R. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R., y Universidad Nacional de Colombia. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales* (edición reimpressa). Bogotá... etc.: Legis.
- Arranz Hierro, C. M. (2015). Análisis de la separación canónica y civil en el sistema matrimonial español: Revisión de las novedades previstas en la ley de jurisdicción voluntaria y confesiones de notorio arraigo. *RDUNEDICIÓN. Revista De Derecho UNED*, (17), 591-613.
- Asín Cabrera, M. A. (2015). La práctica judicial española ante la diversidad multicultural de las relaciones familiares. *Anuario De La Inmigración En España 2014*, 302-326.

- Ayala Cáceres, C. L. (1996). Principios de la Seguridad Social en el sistema general de riesgos profesionales. *Revista CES Medicina*, 10(1), 48-50.
- Baldassarre, A. y Villar Borda, L. (2001). *Los derechos sociales* (1ª edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ballester Pastor, I. (2012). Prestaciones familiares económicas por hijos a cargo, extranjeros migrantes y residencia efectiva en España y en Europa: Estudio sobre un conflicto normativo pendiente. *Revista General De Derecho Del Trabajo y De La Seguridad Social*, (32)
- Barcelón Cobedo, S. (2008). El derecho a la Seguridad Social como derecho social: El reconocimiento constitucional como compromiso político y realidad jurídica. *Civitas. Revista Española De Derecho Del Trabajo*, (139), 523-558.
- Barrientos García, L. (1996). Esquema del sistema general de riesgos profesionales. *Revista Facultad De Derecho y Ciencias Políticas*, (97), 133-155.
- Barrios Baudor, G. L. (2001). *Prestaciones familiares por hijos a cargo* (1ª edición) Editorial Aranzadi.

- Bastida Freijedo, F. J. (2009). ¿Son los derechos sociales Derechos Fundamentales? *Derechos sociales y ponderación* (1ª edición, pp. 103-150) Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Bazán, V., y Jimena Quesada, L. (2014). *Derechos económicos, sociales y culturales: Cómo se protegen en américa latina y en Europa* (1ª edición). Buenos Aires etc.: Astrea.
- Benavides Vico, A. (2011). *Guía de las prestaciones de la Seguridad Social: Desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad -orfandad*. Madrid: Lex Nova.
- Benavides Vico, A. (2013). *Desempleo, incapacidad permanente, jubilación y viudedad orfandad: Prestaciones de la Seguridad Social* (1ª edición). Valladolid: Lex Nova.
- Beneyto Calabuig, D., Desdentado Bonete, A., Agustí Juliá, J., y Fargas Fernández, J. (2010). *La Seguridad Social en continuo cambio: Un análisis jurisprudencial* (1ª edición). Albacete: Bomarzo.
- Berenguer Albaladejo, C. (2010). El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el "matrimonio gitano". *Derecho Privado y Constitución*, (24), 109-162.
- Berenguer Albaladejo, C. (2015). Los matrimonios en forma religiosa no canónica: Celebración e inscripción en el registro civil de acuerdo con las reformas operadas por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la

jurisdicción voluntaria. *Derecho Privado y Constitución*, (29), 83-131.

Beveridge, W. H. B., y López Alonso, C. (1989). *Seguro social, servicios afines: Informe de Lord Beveridge; [traducción y coordinación, Carmen López Alonso]* (1ª edición) Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Blasco Herranz, I. (2016). Género y reforma social en España: En torno a la elaboración del seguro obligatorio de maternidad (1915-1929). *Ayer*, (102), 23-45.

Blasco Lahoz, J. F. (1997). *La reforma de la Seguridad Social: El pacto de Toledo y su desarrollo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Blasco Lahoz, J. F. (1999). *Comentarios a la ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Blasco Lahoz, J. F. (2001). *Las prestaciones familiares por hijo a cargo* (1ª edición) Tirant lo Blanch.

Blasco Lahoz, J. F. (2001). Las prestaciones familiares por hijo a cargo en el vigente sistema público de Seguridad Social. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (216), 3-52.

Blasco Lahoz, J. F. (2011). *Seguridad Social: Régimen general, regímenes especiales y prestaciones no contributivas*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Blasco Lahoz, J. F. (2012). *Las prestaciones económicas del régimen especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos* (1ª edición). Albacete: Bomarzo.

Blasco Lahoz, J. F. (2015). Pensión de viudedad y matrimonio homosexual (a propósito de las SSTC 92/2014,115/2014 Y 157/2014). *Revista De Derecho De La Seguridad Social*, (2), 157-175.

Blasco Rasero, C. (2003). *La familia en el derecho de la Seguridad Social*. Elcano etc.: Aranzadi etc.

Blasco Rasero, C. (2013). La aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad. *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (121), 63-106.

Blázquez Agudo, E. M., y Presa García-López, R. (2014). Pensión de viudedad para las parejas de hecho: Evolución normativa y jurisprudencial. *Nueva Revista Española De Derecho Del Trabajo*, (168), 157-196.

Blázquez Agudo, E. M., y Presa García-López, R. (2014). Pensión de viudedad para las parejas de hecho: Evolución normativa y jurisprudencial. *Nueva Revista Española De Derecho Del Trabajo*, (168), 157-196.

Blázquez Agudo, E. M., Universidad Carlos III de Madrid, y Boletín Oficial del Estado. (2005). *Las prestaciones familiares en el sistema de la Seguridad Social*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

Borrajo Dacruz, E. (1989). De la previsión social a la protección en España: Bases histórico-institucionales hasta la Constitución. *Economía y Sociología Del Trabajo*, (3), 12-36.

Borrajo Dacruz, E. (2009). Accidentes de trabajo y extranjería. *Actualidad Laboral*, (1), 1.

Borrajo Dacruz, E. (2012). La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales. *Actualidad Laboral*, (13), 5.

Borrajo Dacruz, E. (2014). Glosa judicial. Pensión de viudedad y parejas de hecho, medios de prueba admisibles de la existencia de dicha situación y comunidades autónomas: Comentario a la STC, pleno, 40/2014, de 11 de marzo. *Actualidad Laboral*, (6), 6.

Borrajo Dacruz, E., e Instituto de Estudios Políticos. (1963). *La Seguridad Social*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

- Bosch, A., y Escribano Sáez, C. (1989). *La Seguridad Social española: Un debate inaplazable*. Madrid: Eudema.
- Buganza Torio, J. (2005). Bartolomé de las Casas: Defensor de los indios. *La Lámpara De Diógenes: Revista Semestral De Filosofía*, 6(10), 103-111.
- Bustamante Donas, J. (2010). La cuarta generación de Derechos Humanos en las redes digitales: Segundos pensamientos. *Telos: Cuadernos De Comunicación e Innovación*, (85), 80-89.
- Cabero Morán, E. (2015). Los nuevos textos refundidos de la ley del Estatuto de los Trabajadores, de la Ley de Empleo y de la Ley General de la Seguridad Social (I). *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (12), 108-117.
- Cabeza Pereiro, J. (2002). Convergencia entre regímenes de Seguridad Social. *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (66), 45-64.
- Cabeza Pereiro, J. (2008). La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras. *Actualidad Laboral*, (3)
- Cabeza Pereiro, J. (2008). Protección social de las personas extranjeras en España. *Tratamiento jurídico de la inmigración* (1ª edición, pp. 253-300) Bomarzo.

Cabeza Pereiro, J. (2014). Trabajo a tiempo parcial: Reformas en materia laboral y de Seguridad Social. *Actualidad Laboral*, (9), 2.

Camós Victoria, I. (2004). Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (1), 543-572.

Camós Victoria, I. (2004). Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (1), 543-572.

Camps Ruiz, L. M., Ramírez Martínez, J. M., y Alfonso Mellado, C. L. (2011). *Derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Camps Ruiz, L. M., Ramírez Martínez, J. M., y Alfonso Mellado, C. L. (2016). *Derecho del trabajo* (5ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch.

Carbó Gatignol, J. J. y García Ninet, J. I. (1984). *El derecho a la Seguridad Social como derecho independiente*. Valencia: Escuela Social de Valencia.

Carmona Ruiz, A., y Montero Martín, S. (2013). *Prestaciones de la Seguridad Social*. Antequera Málaga: IC Editorial.

Carrascosa Bermejo, D. (2012). Coordinación de las prestaciones familiares: Determinación de la ley nacional aplicable en los

reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009. *Revista General De Derecho Del Trabajo y De La Seguridad Social*, (32), 39 p.

Carrillo Salcedo, J. A. (2009). La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su sexagésimo aniversario. *La Toga*, (172), 52-53.

Castro Argüelles, M. A. (1998). *Prestaciones de Seguridad Social en favor de familiares*. Las Rozas Madrid: La Ley-Actualidad.

Castro Argüelles, M. A., García Murcia, J., y Martín Valverde, A. (2009). *Ley General de Seguridad Social: Comentada y con jurisprudencia*. Las Rozas Madrid: La Ley.

Cavas Martínez, F., y Fernández Orrico, F. J. (2006). *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social* (1ª edición). Cizur Menor Navarra: Thomson Aranzadi.

Ceinos Suárez, Á. (2006). *El trabajo de los extranjeros en España* (1ª edición) La Ley. Grupo Wolters Kluwer.

Charro Baena, P. (2000). *Las autorizaciones para trabajo de extranjeros* (1ª edición) Editorial Aranzadi.

Charro Baena, P. (2005). Trabajo irregular de extranjero y prestación por desempleo: Comentario a la STSJ castilla y león / Valladolid de 17 (AS 2005, 3384) y 21 de noviembre de 2005 (AS 2005, 3387). *Aranzadi Social*, (5), 762-767.

Charro Baena, P. (2007). Trabajadores extranjeros "ilegales" y accidente de trabajo y enfermedad profesional: Cobertura en el sistema de Seguridad Social. *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales* (1ª edición, pp. 371-377) Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007.

Charro Baena, P. (2012). La doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre los derechos laborales y de Seguridad Social del trabajador extranjero en situación administrativa irregular. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (347), 119-146.

Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico (2008). (1ª edición) Comares.

Contratos de trabajo a tiempo parcial: Cotizar por un derecho sin derecho. (2012). *CEF Gestión: Revista De Actualización Empresarial*, (172), 75-80.

Contreras Peláez, F. J. (1996). *Defensa del estado social*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

Contreras Peláez, F. J., y Fundación Cultural Enrique Luño Peña. (1994). *Derechos sociales, teoría e ideología*. Madrid: Tecnos.

Controversias laborales. Desempleo y extranjeros sin papeles. (2008). *Actualidad Laboral*, 13

Corcuera Atienza, J., e Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. (2002). *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*. Oñati Guipúscoa: Instituto Internacional de Sociología Jurídica; Madrid.

Cortigiani, M. (2002). Nacimiento y desarrollo de la Seguridad Social en los estados europeos. *Humanismo y Trabajo Social*, (1), 83-110.

Cortina Orts, A., Cascajo Castro, J. L., Picado Sotela, S., Martínez García, J. I., López Guerra, L. M., Latorre, A. y Peces-Barba, G. (1993). Concepto y problemas actuales de los Derechos Humanos. *Derechos y Libertades: Revista Del Instituto Bartolomé De Las Casas*, 1(1), 33-99.

Crego Gómez, M. (2012). El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 5-30.

Cuenca Gómez, P. (2012). La incidencia del derecho internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno: La interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española. *Revista De Estudios Jurídicos*, (12), 79-106.

de Castro Cid, B. (1982). *El reconocimiento de los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos.

de Castro Cid, B. (1993). *Los derechos económicos, sociales y culturales: Análisis a la luz de la teoría general de los Derechos Humanos*. León: Universidad de León.

del Valle, J. M. (2016). Globalización y Seguridad Social. *Revista Internacional y Comparada De Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, 4(2), 194-241.

Delgado del Rincón, L. E. (2013). Globalización y extranjería. *Constitución y globalización: Transformaciones del estado constitucional* (1st edición, pp. 201-246) Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea (2008). (1ª edición) Murcia: Laborum, 2008.

Díaz Aznarte, M. T. (2011). Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad? *Actas del I congreso internacional sobre migraciones en Andalucía* (1ª edición, pp. 763-770) Universidad de Granada, Instituto de Migraciones.

Díaz Crego, M., y Santolaya Machetti, P. (2009). *Protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea y en los estados miembros*. Madrid: Reus.

Disposición transitoria quinta. Matrimonios celebrados por las confesiones religiosas evangélicas, judías e islámicas y por las que hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España. (2016). En Lledó Yagüe, F., Ferrer Vanrell, M.P., Torres Lana y Achón Bruñén, M.J. (Eds.), *Estudio sistemático de la ley de jurisdicción voluntaria: Ley 15/2015, de 2 de julio* (1ª edición, pp. 872-874) Madrid, Dykinson.

Durand, P. (1991). *La política contemporánea de Seguridad Social* (1ª edición) Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Elu Terán, A. (2006). Las primeras pensiones públicas de vejez en España: Un estudio del retiro obrero, 1909-1936. *Revista De Historia Industrial*, (32), 33-67.

Escobar Roca, G. (2012). Indivisibilidad y derechos sociales: De la Declaración Universal a la Constitución. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (2), 47-61.

Escudero Rodríguez, R. (1991). Una norma de envergadura; la ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (1), 915-1002.

Espín Sáez, M., y Espada Mallorquín, S. (2008). A vueltas con el matrimonio como presupuesto para generar el derecho a la pensión de viudedad. *Revista De Derecho Social*, (41), 145-159.

Falguera i Baró, M. À. (2016). La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la sala de lo social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (1), 33-71.

Fargas Fernández, J., y Alarcón Caracuel, M. R. (2002). *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*. Cizur Menor Navarra: Aranzadi.

Fernández Collados, M. B. (2004). Reconocimiento de la incapacidad temporal por accidente de trabajo de un extranjero extracomunitario irregular sobre la base del art. 36.3 LOE. *Aranzadi Social*, (5), 366-369.

Fernández Collados, M. B. (2006). *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*. DIALNET.

Fernández Collados, M. B. (2007). En Cavas Martínez F., García Romero B. (Eds.), *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España* (1ª edición) Laborum.

Fernández Collados, M. B. (2007). Reconocimiento de la incapacidad temporal por accidente de trabajo de un extranjero extracomunitario irregular sobre la base del art. 36.3 LOE: Comentario a la STSJ Aragón, de 1 de abril 2004. *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales* (1st edición, pp. 357-362) Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007.

Fernández Collados, M. B. (2015). El acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho en la jurisprudencia española. *Revista Internacional y Comparada De Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, 3(3), 237-250.

Fernández de Casadevante Romaní, C., y Quel López, J. (2003). *Derecho internacional de los Derechos Humanos* (2ª edición). Paracuellos del Jarama: Dilex.

Fernández de Casadevante Romaní, C., y Quel López, J. (2007). *Derecho internacional de los Derechos Humanos* (3ª edición). Paracuellos del Jarama: Dilex.

Fernández Liesa, C. R., Díaz Barrado, C. M., e Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria". (2008). *El Tratado de Lisboa :Análisis y perspectivas*. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria.

Fernández Orrico, F. J. (2004). La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (49), 127-170.

Fernández Orrico, F. J. (2009). *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y práctica*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.

- Fernández Orrico, F. J. (2013). *El convenio especial: Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social* (1ª edición). Valladolid: Lex Nova.
- Fernández Orrico, F. J., y Consejo Económico y Social. (2002). *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España* (1ª edición). Madrid: Consejo Económico y Social.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías: La ley del más débil* (Séptima edición). Madrid: Editorial Trotta, S.A.
- Ferrajoli, L., Andrés Ibáñez, P., y Greppi, A. (1999). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Flor Fernández, M.L. de la. (1992). Prestaciones familiares por hijo a cargo en la ley 26/90 de 20 de diciembre. *Los derechos de información en la empresa, las prestaciones no contributivas: X jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales* (1st edición, pp. 297-304) Trotta: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Flor Fernández, M.L. de la. (2002). *Régimen jurídico de la pensión de viudedad* (1st edición) Sevilla: Mergablum, 2002.
- Flores, J. L. (2002). Naturaleza e historia de los Derechos Humanos. *Revista Espiga*, 3(5), 1-14.

Font Oporto, P. (2013). El artículo 9.2 CE, entre el valor igualdad y el estado social: estudio histórico y sistemático *Revista General De Derecho Constitucional*, 16, 6.

Fournier, J., y Questiaux, N. (1976). *Traité du social: Situations, luttes, politiques, institutions*. Paris: Dalloz.

Francisco de Vitoria. (2009). *Comunicación y Hombre: Revista Interdisciplinar De Ciencias De La Comunicación y Humanidades*, (5), 201-203.

Gallego Hernández, A. C. (2015). La ley española de tratados de 2014. *Anuario De Derecho Internacional*, (31), 193-240.

García de Cortázar y Nebreda, C. (2000). La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español. *Foro De Seguridad Social*, (2)

García Díaz, M. A. (1996). La Seguridad Social en España: Situación actual y algunas reflexiones sobre su futuro. *Cuadernos De Relaciones Laborales*, (8), 85-105.

García García, R., Nieto Muñoz-Casillas, C., Olmos Ortega, M. E., Ruano Espina, L., García Gárate, A., y Alenda Salinas, M. (2015). Informe «La nueva regulación del matrimonio en forma religiosa por la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (BOE 03-07-2015)». *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: Revista Europea e*

Iberoamericana De Pensamiento y Análisis De Derecho, Ciencia Política y Criminología, 3(2), 11-18.

García González, G. (2015). Los inicios de la previsión social en España: Responsabilidad patronal y seguro de accidentes en la ley de accidentes del trabajo de 1900. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, 5(2), 1-32.

García González, G., y Espuny i Tomás, M. J. (2010). Los orígenes de la protección por desempleo en España: El seguro libre subsidiado de paro forzoso. *Crisis y ocupación* (1st edición, pp. 57-84) J. M. Bosch Editor.

García Murcia, J. (2005). *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.

García Ortega, J. (1994). El retiro obrero obligatorio: Antecedentes y eficacia actual. *Tribuna Social: Revista De Seguridad Social y Laboral*, (39), 21-27.

García Paredes, M. L. (2004). Jurisprudencia en materia de Seguridad Social del Tribunal Supremo. Sala cuarta. Septiembre 2002 a julio

2003. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (49), 171-232.

García Roca, J. (2014). Principios constitucionales del sistema español de Seguridad Social: Un derecho de los ciudadanos. *Revista De Derecho Político*, (89), 65-90.

García San José, D. I., y Universidad de Sevilla. (2001). *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R. (2015). *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (1ª edición). Cizur Menor Navarra: Lex Nova.

García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R. (2016). *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social* (2ª edición). Valladolid: Lex Nova-Thomson Reuters.

Garrorena Morales, Á. (1984). *El estado español como estado social y democrático de derecho* (1ª edición) Tecnos.

Gavidia Sánchez, J. V. (2010). Matrimonio gitano, pensión de viudedad y discriminación en la aplicación de la ley. *Diario La Ley*, (7380)

Gázquez Serrano, L. (2016). Comentario a la ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. *Revista Internacional De Doctrina y Jurisprudencia*, (12)

Giráldez Méndez, R. (2009). El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros en situación irregular: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008. *Dereito: Revista Xuridica Da Universidade De Santiago De Compostela*, 18(2), 241-258.

Gómez Ciriano, E. J. (2012). España se examina... y suspende en derechos sociales. El estado español ante el comité de derechos económicos, sociales y culturales de las naciones unidas. *Documentación Social*, (164), 189-212.

González Martínez, C. I. (2013). El sistema de pensiones español ante un escenario migratorio cambiante. *Economía Española y Protección Social*, (5), 115-143.

González Ortega, S., y Alarcón Caracuel, M. R. (2010). *La protección social de los extranjeros en España* (1ª edición). Valencia: Titant lo Blanch.

González Ortega, S., y Alarcón Caracuel, M. R. (2010). *La protección social de los extranjeros en España* (1ª edición). Valencia: Titant lo Blanch.

González Ortega, S., y Universidad Carlos III de Madrid. (1999). *Seguridad Social y familia La Ley*.

González, N. (1998). *Los Derechos Humanos en la historia*. Bellaterra
Barcelona etc.: Universitat Autònoma de Barcelona etc.

Gonzalo González, B., y Consejo Económico y Social. (1995).
Introducción al derecho internacional español de Seguridad Social.
Madrid: Consejo Económico y Social.

Gordillo Pérez, L. I. (2014). Derechos sociales y austeridad. *Lex Social*,
4(1), 34-57.

Guerra Vaquero, A. Y. (2014). Universalidad de los Derechos
Fundamentales, multiculturalismo y dignidad humana: Una
aproximación desde la teoría de los derechos de luigi ferrajoli.
Anales De La Cátedra Francisco Suárez, (48), 203-215.

Guerrero Padrón, T. (2003). Directivas comunitarias sobre el principio
de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social.
Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social,
(68), 59-73.

Guerrero Padrón, T. (2015). Alcance y articulación del principio de
igualdad de trato respecto de las prestaciones de asistencia social.
En Sánchez-Rodas Navarro, C. y Garrido Pérez, E. (Eds.), *El
derecho del trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: Retos
para la disciplina laboral* (1st edición, pp. 137-150) Murcia:
Laborum, 2015.

Guerrero Padrón, T. (2016). Alcance y articulación del principio de igualdad de trato respecto de las prestaciones de asistencia social.

E-Revista Internacional De La Protección Social, (1), 71-100.

Gullón Rodríguez, J., y Fernández Lomana, M. (2010). *Ley general de la Seguridad Social: Comentada, con jurisprudencia sistematizada y concordancias* (1a edición). Madrid: El Derecho.

Gutiérrez Pérez, M. (2006). Pensión de viudedad y la nueva ley de matrimonios homosexuales. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (1), 191-204.

Haase de Miranda, A. (2015). *Reconocimiento jurídico y social del trabajo penoso*. DIALNET.

Habermas, J. (2002). *Ensayos políticos* (1ª edición) Península.

Hierro Hierro, F. J. (2005). Notas sobre el cómputo del período de carencia para lucrar prestaciones económicas derivadas de situaciones de incapacidad permanente en los supuestos de contratación a tiempo parcial: Comentario a la STC 49/2005, de 14 marzo (RTC 2005, 49). *Aranzadi Social*, (1), 3134-3142.

Instituto Europeo de Seguridad Social, e Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. (1984). *La reforma de la Seguridad Social en Europa*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Jimena Quesada, L. (2006). *Dret de la Unió Europea*. València:
Universitat de València.

Jimena Quesada, L. (2006). Retos pendientes del estado social español: En especial, la ratificación de la carta social europea revisada de 1996. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario Multidisciplinar Para La Modernización De Las Administraciones Públicas*, (2), 40-71.

Jimena Quesada, L. (2014). La consagración de los Derechos Fundamentales: De principios generales a texto fundacional de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos De Deusto*, (50), 173-197.

Jimena Quesada, L., Alegre Martínez, M. Á., y Universitat de València. (2004). *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la Seguridad Social, y Azcárraga Monzonís, C. (2009). *La reforma de la Seguridad Social: III jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Juárez Pérez, P. (2012). Jurisdicción española y poligamia islámica.: ¿Un matrimonio forzoso? *Revista Electrónica De Estudios Internacionales (REEI)*, (23)

Jurisprudencia laboral práctica, 2015: Jurisprudencia, negociación colectiva y estudios sobre el mercado de trabajo (2015). (1ª edición). Valladolid: Lex Nova.

Labrada Rubio, V. (1998). *Introducción a la teoría de los Derechos Humanos. Fundamento. Historia. Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*. Madrid: Civitas.

Lasagabaster Herrarte, I. (2009). *Convenio europeo de Derechos Humanos: Comentario sistemático* (2ª edición). Cizur Menor: Aranzadi.

Lecciones de derechos sociales (2002). (1ª edición) Tirant lo Blanch.

Legislación de accidentes del trabajo: Ley de 30 de enero de 1900. (2000). *Cuenta y Razón*, (114), 118-124.

Ley 193/1963 de 28 de diciembre, sobre bases de la Seguridad Social. (1964). *Revista De Política Social*, (61), 481.

Lezertua, M., Vida Soria, J., y España. (1989). *La carta social europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV aniversario de la carta social europea, granada, 26 octubre 1987*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones.

López Gandía, J., y Toscani Giménez, D. (2011). *Las claves de la reforma de la Seguridad Social: Análisis práctico de la ley 27- 2011, de 2 de agosto*. Madrid: El Derecho.

López Cumbre, L. (2006). La ruptura del binomio afiliación/prestación en la protección social de los extranjeros. *Tribuna Social: Revista De Seguridad Social y Laboral*, (187), 13-30.

López López, J. (2005). Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad. *Estudios De Derecho Judicial*, (76), 23-52.

López López, J. (2011). *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales :El caso español desde una perspectiva comparada* (1a edición). Albacete: Bomarzo.

López Martín, A. G. (2011). La protección internacional de los derechos sociales. A propósito de la ratificación española del protocolo facultativo del pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 2008. *Foro. Revista De Ciencias Jurídicas y Sociales*, (13), 13-59.

López Pina, A., y Gutiérrez Gutiérrez, I. (2002). *Elementos de derecho público* (1st edición) Marcial Pons.

López Ulla, J. M. (2006). Instrumentos para la integración social en la ley de extranjería. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario*

*Multidisciplinar Para La Modernización De Las Administraciones
Públicas*, (2), 226-261.

Lousada Arochena, J. F. (2014). *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el derecho del trabajo y de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Lousada Arochena, J. F. (2005). El contrato de trabajo a tiempo parcial y la Seguridad Social: Puntos críticos. *Aranzadi Social*, (5), 1301-1314.

Macías Jara, M. (2013). La plena igualdad como garantía de los derechos sociales y la proyección de la solidaridad. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (2), 79-102.

Maciá-Soler, L., y Moncho Vasallo, J. (2007). Sistema nacional de salud español: Características y análisis. *Enfermería Global: Revista Electrónica Semestral De Enfermería*, 6(1)

Maneiro Vázquez, Y. (2013). La acreditación del vínculo y de la convivencia more uxorio en las parejas de hecho: Una aproximación jurisprudencia (1). *Actualidad Laboral*, (5), 3.

Mangas Martín, A. (1980). Cuestiones de derecho internacional público en la Constitución Española de 1978. *Revista De La Facultad De Derecho De La Universidad Complutense*, (61), 143-184.

- Mangas Martín, A. (1992). Los tratados internacionales (artículos 93 a 96 de la CE): Especial referencia a la ciudadanía europea. *Revista De Derecho Político*, (36), 419-438.
- Manrique, F. (1985). *Competencias del estado y las comunidades autónomas en materia de Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Manzano Sanz, F. (2008). De los antecedentes remotos al futuro, una reflexión sobre la gestión de la Seguridad Social a propósito del centenario de la creación del instituto nacional de previsión. *Capital Humano: Revista Para La Integración y Desarrollo De Los Recursos Humanos*, 21(218), 64-71.
- Marín López, A. (1999). Orden jurídico internacional y Constitución Española. *Revista De Derecho Político*, (45), 35-67.
- Mariño, F. (1998). Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de naciones unidas. *Derechos y Libertades: Revista Del Instituto Bartolomé De Las Casas*, 3(6), 85-96.
- Martín de la Guardia y R. M., Pérez Sánchez, G. A. (2009). *Los Derechos Humanos sesenta años después :(1948-2008) = les droits de l'homme soixante ans après: (1948-2008)*. Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio.

Martínez Abascal, V. A. (2008). Seguridad Social e inmigración: La ardua forja de una ciudadanía social plena. *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación* (1st edición, pp. 367-391) Comares.

Martínez Abascal, V. A. (2010). Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿una equiparación inviable? *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 2(17), 59-90.

Martínez Barroso, M.R. (2008). Las prestaciones de muerte y supervivencia a partir de la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. *Revista Jurídica De Castilla y León*, (17), 117-176.

Martínez Barroso, M.R. (2013). Discriminación en el acceso a la pensión de jubilación contributiva de las trabajadoras a tiempo parcial: A propósito de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (asunto Elbal Moreno). *Revista General De Derecho Europeo*, (31)

Martínez Fons, D. (2006). Los efectos del despido de los trabajadores extranjeros que carecen de autorización administrativa para trabajar en España. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 17 de noviembre de 2005 (AS 3384). *Iuslabor*, (2)

- Milione Fugali, C. (2012). ¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la carta social europea, revisada en 1996?: Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (2), 113-132.
- Molina Navarrete, C. (2016). El «modelo español» de Seguridad Social en la jurisprudencia constitucional: De la «consolidación continuista» al «inmovilismo regresivo». *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (4)
- Molins García-Atance, J. (2008). La pensión de viudedad tras la ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1(6), 95-125.
- Monereo Pérez, J. L. (1996). *Público y privado en el sistema de pensiones: Un estudio crítico e integrador del sistema público y de los planes privados de pensiones*. Madrid: Tecnos.
- Monereo Pérez, J. L. (1999). *Fundamentos doctrinales del derecho social en España*. Madrid: Trotta.
- Monereo Pérez, J. L. (1999). *Comentario a la ley general de la Seguridad Social* [[Ley general de la Seguridad Social, 1994]] (1ª edición). Granada: Comares.

Monereo Pérez, J. L. (2003). Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico. *Lan Harremanak: Revista De Relaciones Laborales*, (1), 73-156.

Monereo Pérez, J. L. (2007). *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*. Granada: Comares.

Monereo Pérez, J. L. (2009). *La protección de los Derechos Fundamentales: El modelo europeo*. Albacete: Bomarzo.

Monereo Pérez, J. L., y Consejo Económico y Social. (1996). *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral* (1ª edición). Madrid: Consejo Económico y Social.

Monereo Pérez, J. L., y Molina Navarrete, C. (2008). La protección de la salud: Configuración y delimitación técnica, la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de la Seguridad Social. *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico* (1ª edición, pp. 361-402) Comares.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M. N. (2002). *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Moreno Vida, M. N.
(2016). *Manual de derecho del trabajo* (14ª edición). Granada:
Comares.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., y Quesada Segura, R.
(2015). *Manual de Seguridad Social* (11ª edición). Madrid: Tecnos.

Monereo Pérez, J. L., Sánchez Montoya, J. E., Moreno Vida, M. N., y
Triguero Martínez, L. Á. (2010). *El derecho del trabajo y de la
Seguridad Social ante la crisis económica*. Granada: Comares.

Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. Á., y Fernández Avilés, J.
A. (2010). *Protección jurídico-social de los trabajadores
extranjeros*. Albolote Granada: Comares.

Montoya Melgar, A. (2007). *El empleo ilegal de inmigrantes* (1ª
edición). Cizur Menor Navarra: Thomson-Civitas.

Montoya Melgar, A. (2009). El empleo ilegal de inmigrantes. *Revista De
Derecho De La Unión Europea*, (17), 17-32.

Montoya Melgar, A. (2009). El empleo ilegal de inmigrantes. *Revista De
Derecho De La Unión Europea*, (17), 17-32.

Moreno Blesa, L. (2015). Comentario a la ley 25/2014, de 27 de
noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales. *Actualidad
Civil*, (2)

Moreno Pueyo, M. J. (2004). Extranjeros inmigrantes y Seguridad Social española. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (257), 123-152.

Motilla, A., Ciáurriz, M. J., y Lorenzo, P. (2002). *Derecho de familia islámico: Problemas de adaptación al derecho español*. Madrid: Colex.

Navarro Portera, M. A. (2007). Los nuevos tratados de la Unión Europea. *Cuenta Con IGAE*, (19), 33-35.

Nogueira Gustavino, M. (2011). El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: Perspectiva constitucional reciente. *Revista De Relaciones Laborales*, (25), 19-52.

Nogués Escribà, J. y Huerta, R. (2014). *Interpretación y pedagogía musical. El caso de Perfecto García Chornet como concertista, profesor de piano y gestor cultural*. Valencia: Universitat de València, Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación.

El nuevo texto refundido de la ley general de la Seguridad Social. (2015). *RL. Relaciones Laborales.*, (107), 14-15.

Obiol Francés, S. (2006). El sistema de prestaciones por hijo a cargo en España. *Revista Internacional De Sociología*, 64(43), 95-117.

- Odrizola Igual, C. (2006). Parejas de hecho y matrimonio homosexual ante el derecho a la pensión de viudedad. *Laicidad y Libertades: Escritos Jurídicos*, (6), 309-346.
- Ojeda Avilés, A. (1997). *El sistema común europeo de Seguridad Social: Un enfoque integrado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olarte Encabo, S., y Consejo Económico y Social. (1997). *El derecho a prestaciones de Seguridad Social: Un estudio del régimen jurídico de las prestaciones de la Seguridad Social* (1ª edición). Madrid: Consejo Económico y Social.
- Oraá Oraá, J. y Gómez Isa, F. (1998). *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: Un breve comentario a su 50 aniversario* (2ª edición). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Ordeig Fos, J. M. (1993). *El sistema español de Seguridad Social : (y de la comunidad europea)* (5ª edición). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Ordóñez Solís, D. (2015). Crónica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos De Deusto*, (53), 195-230.
- Ortega Giménez, A. (2008). El derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros irregulares, tras la sentencia del Tribunal

Supremo de 18 de marzo de 2008. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (764), 1-6.

Ortega Roig, M. (2012). Inmigrantes y extranjeros regulares e irregulares en España: Una comparativa entre autonomías. *Barataria: Revista Castellano-Manchega De Ciencias Sociales*, (13), 109-125.

Pallares Yabur, P. d. J. (2013). La justificación racional de los Derechos Humanos en los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Persona y Derecho: Revista De Fundamentación De Las Instituciones Jurídicas y De Derechos Humanos*, (68), 139-158.

Palomino Saurina, P. (2005). El cómputo de los períodos de carencia en el trabajo a tiempo parcial: Comentario a la STSJ Castilla y León, de 14 de noviembre de 2005 (AS 2005, 3385). *Aranzadi Social*, (5), 768-773.

Panizo Robles, J. A. (2016). Una norma de Seguridad Social largo tiempo esperada: El nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (394), 117-140.

Peces-Barba, G., Barranco Avilés, M. d. C., Fernández Liesa, C. R., y Llamas Cascón, A. (2001). *Textos básicos de Derechos Humanos:*

Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional. Pamplona: Aranzadi.

Peces-Barba, G., de Asís Roig, R., Fernández Liesa, C. R., Llamas Cascón, A., y Boletín Oficial del Estado. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general.* Madrid: Universidad Carlos III.

Peces-Barba, G., Fernández García, E., de Asís Roig, R., Ansuátegui Roig, F. J. y Rodríguez Uribe, J. M. (2007). *Historia de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Dykinson.

Peces-Barba, G., Fernández García, E., de Asís Roig, R., Ansuátegui Roig, F. J., Rodríguez Uribe, J. M., e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2014). *Historia de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Dykinson.

Pérez Alonso, M. A. (2008). *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS: (especial referencia a la ley 402007).* Valencia: Tirant lo Blanch.

Pérez Luño, A. E. (2005). *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución* (9ª edición) Tecnos.

Pérez Luño, A. (1996). *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio.* Madrid: Marcial Pons.

Pérez-Beneyto Abad, J. J. (2012). Prestaciones familiares y cláusulas de residencia: De como la norma va contra la jurisprudencia o el

olvido de Europa. *Revista General De Derecho Del Trabajo y De La Seguridad Social*, (32)

Peset, M. (1998). *Lecciones de historia del derecho*. Valencia: Albatros.

Piñeyroa de la Fuente, A. J. (2008). *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad: (en el sistema español de Seguridad Social)*. Madrid: Reus.

Poquet Catalá, R. (2013). El acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad: ¿una realidad? *Temas Laborales: Revista Andaluza De Trabajo y Bienestar Social*, (119), 157-190.

Poyal Costa, A. (1993). Un caso concreto de interacción entre norma constitucional y realidad: El artículo 9.2 de la Constitución Española y la realización del principio de igualdad. *BFD: Boletín De La Facultad De Derecho De La UNED*, (3), 209-228.

Prada Fernández, D. S. (2003). Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional. *Revista De Estudios Políticos*, (122), 269-316.

Puerto González, J. J. (2011). Normativa matrimonial civil española. Últimas reformas legislativas. Consideración legal de nuevas formas matrimoniales en el derecho español. *Revista Española De Derecho Canónico*, 68(171), 525-573.

Pumar Beltrán, N. (2010). Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España. *El futuro europeo de la protección social* (1ª edición, pp. 251-261) Murcia: Laborum, 2010.

Pumar Beltrán, N. (2010). Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España. *El futuro europeo de la protección social* (1st edición, pp. 251-261) Murcia: Laborum, 2010.

Quintero Lima, M. G. (2006). *Derecho transitorio de Seguridad Social* (1ª edición). Las Rozas Madrid: La Ley.

Raga Gil, J. T. (1998). Efectividad de los derechos económicos y sociales. *Derechos y Libertades: Revista Del Instituto Bartolomé De Las Casas*, 3(6), 193-198.

Ramos Quintana, M. I. (2003). El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: Situaciones administrativas y posición jurídica: Ponencia temática II. *Derechos y libertades de los extranjeros en España: XII congreso nacional de derecho del trabajo y de la Seguridad Social* (1ª edición, pp. 489-571) Santander: Gobierno de Cantabria. Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003.

- Ramos Quintana, M. I. (2006). Inmigración y globalización económica: ¿un lugar para el derecho del trabajo? *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (63), 13-32.
- Ramos Quintana, M. I. (2016). El ámbito subjetivo del sistema de la Seguridad Social en el nuevo texto refundido. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (4)
- Ramos Quintana, M. I. (2016). La ley general de la Seguridad Social y su nuevo texto refundido. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista De Actualidad y Relaciones Laborales*, (15), 9-13.
- Recio Laza, A. M. (1997). *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*. Madrid: La Ley-Actualidad.
- Rey Martínez, F. (2010). La sentencia del tribunal europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto «Muñoz Díaz vs. España»: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular? *Diario La Ley*, (7344)
- Riquelme Cortado, R. M. (2012). El protocolo facultativo del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales: Comunicaciones de personas o grupos como piedra angular. *Revista Electrónica De Estudios Internacionales (REEI)*, (24)
- Rivera Sánchez, J. R. (2003). La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en

situación irregular: Comunicación a la ponencia temática III. *Derechos y libertades de los extranjeros en España: XII congreso nacional de derecho del trabajo y de la Seguridad Social* (1st edición, pp. 1345-1364) Santander: Gobierno de Cantabria. Consejería de Industria, Trabajo y Desarrollo Tecnológico, 2003.

Roales Paniagua, E. (2012). Sinopsis de las prestaciones familiares en España. *Revista General De Derecho Del Trabajo y De La Seguridad Social*, (32)

Rodríguez Arana Muñoz, X. (2015). Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales. *Anuario Da Facultade De Dereito Da Universidade Da Coruña*, (19), 115-140.

Rodríguez Cardo, I. A. (2008). Forma matrimonial y pensión de viudedad: En particular, el matrimonio por el rito gitano (A propósito de la STC 69/2007, de 16 de abril (RTC2007,69)). *Repertorio Aranzadi Del Tribunal Constitucional*, (16), 13-33.

Rodríguez Cardo, I. A. (2009). Extranjeros en situación irregular: Derechos laborales y de Seguridad Social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del tribunal constitucional. *Actualidad Laboral*, (5), 1.

Rodríguez Cardo, I. A. (2010). El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad: Comentario de urgencia a la

STEDH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009.
Actualidad Laboral, (3), 1.

Rodríguez Cardo, I. A. (2007). *La dimensión histórica del campo de aplicación de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.

Rodríguez Escanciano, S. (2008). *La familia en el ámbito jurídico-laboral: Situación y protección*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Rodríguez Iniesta, G. (2007). La reforma de la protección por muerte y supervivencia. *La reforma de la Seguridad Social: (el acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)* (1st edición, pp. 187-217) Bomarzo.

Rodríguez Palop, M. E. (2010). *La nueva generación de Derechos Humanos: Origen y justificación* (2ª edición). Madrid: Dykinson.

Rodríguez Ramos, M. J., Gorelli Hernández, J., y Vilchez Porras, M. (2006). *Sistema de Seguridad Social* (8ª edición). Madrid: Tecnos.

Rodríguez Rodríguez, E. (2016). Las consecuencias sobre el principio de igualdad en el empleo de las especialidades del trabajo a tiempo parcial en materia de cotización. *Revista Del Ministerio De Empleo y Seguridad Social*, (122), 147-163.

- Rodríguez-Arana Muñoz, X. (2015). Dimensiones del estado social y Derechos Fundamentales sociales. *Revista De Investigações Constitucionais*, 2(2), 31-62.
- Rodríguez-Arana Muñoz, X. (2015). Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales. *Anuario Da Facultade De Dereito Da Universidade Da Coruña*, (19), 115-140.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. (2000). Legislación de extranjería y política de inmigración. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (2), 69-82.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. (2001). Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante. *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (1), 91-106.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Fernández López, M. F. (1986). *Igualdad y discriminación* (1st edición) Tecnos.
- Roqueta Buj, R., García Ortega, J., y Agís Dasilva, M. (2013). *Derecho de la Seguridad Social* (1ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rubio Lerena, M. V. (1992). Las prestaciones familiares por hijo a cargo: Dos realidades distintas antes y después de la ley 26/1990. *Los derechos de información en la empresa, las prestaciones no contributivas: X jornadas universitarias andaluzas de derecho del*

trabajo y relaciones laborales (1st edición, pp. 305-312) Trotta:
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Rubio Llorente, F. (1992). La Constitución Española y el tratado de
Maastricht. *Revista Española De Derecho Constitucional*, 12(36),
253-265.

Rubio Velasco, F. (2015). La prestación por desempleo de los
extranjeros irregulares. *La protección por desempleo en España:
XII congreso nacional de la asociación española de salud y
Seguridad Social* (1st edición, pp. 263-270) Murcia: Laborum, 2015.

Ruiz Miguel, A. (1994). Derechos liberales y derechos sociales. *Doxa:
Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (15), 651-674.

Sagardoy Abogados. (2005). *Factbook Seguridad Social* (4ª edición).
Cizur Menor Navarra: Aranzadi.

Sainz Guerra, J. (2009). *Historia del derecho español*. Madrid:
Dykinson.

Salcedo Beltrán, C. (2015). Carta Social Europea y jurisprudencia del
Comité Europeo de Derechos Sociales. . *RL. Relaciones Laborales.
Revista Del Excelentísimo Colegio De Graduados Sociales De
Valencia*, 104, 12-14.

Salcedo Beltrán, M. C. (2014). *Negociación colectiva, conflicto laboral y
carta social europea* (1ª edición). Albacete: Bomarzo.

San Martín Rodríguez, J. (2006). La pensión de viudedad en la encrucijada. *Revista Técnico Laboral*, 28(108), 195-198.

Sánchez Carrión, J. L. (2003). Los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y su conexión con el derecho comunitario. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (47), 17-48.

Sánchez Ferriz, R., y Jimena Quesada, L. (1995). *La enseñanza de los Derechos Humanos*. Barcelona: Ariel.

Sánchez Marín, A. L. (2014). Concepto, fundamentos y evolución de los Derechos Fundamentales. *Eikasía: Revista De Filosofía*, (55), 227-238.

Sánchez Pérez, J. (2011). El accidente de trabajo del inmigrante "sin papeles". *Actas del I congreso internacional sobre migraciones en Andalucía* (1ª edición, pp. 793-803) Universidad de Granada, Instituto de Migraciones.

Sánchez Pérez, J. (2013). A vueltas con el derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo por parte del inmigrante en situación irregular. *Revista De Derecho Migratorio y Extranjería*, (34), 115-136.

Sánchez Ramos, P. (2008). Desempleo para extranjeros irregulares. *Observatorio De Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, (26), 60.

Sánchez-Arcilla, J. (2008). *Historia del derecho* (1ª edición). Madrid: Reus.

Sánchez-Rodas Navarro, C., y Vicente Palacio, M. A. (2012). Las prestaciones familiares: Presentación. *Revista General De Derecho Del Trabajo y De La Seguridad Social*, (32)

Sánchez-Urán Azaña, Y. (1995). *Seguridad Social y Constitución*. Madrid: Civitas.

Sánchez-Urán Azaña, Y. (2006). Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad/ciudadanía. *Revista Del Ministerio De Trabajo e Inmigración*, (63), 249-296.

Sangüesa Ruíz, N. (2015). El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: Sobre la legitimidad constitucional del RD-ley 16/2012. *Revista Electrónica Del Departamento De Derecho De La Universidad De La Rioja. REDUR.*, (13), 233-248.

Sanjuán García, P. (2007). Prestación por hijo a cargo. *Lex Nova: La Revista*, (47), 32-33.

Satorras Fioretti, R. M. (2011). Los matrimonios religiosos con eficacia civil. *Derecho de familia: Procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales* (1st edición, pp. 53-154) Editorial Bosch.

Saz Casado, J. L. (2015). Los derechos sociales: Derechos subjetivos versus prudencia política. *RDUNEDICIÓN. Revista De Derecho UNED*, (16), 633-661.

La Seguridad Social como concepto. (1953). *Cuadernos De Política Social*, (17), 43.

Sempere Navarro, A., Martín Jiménez, R., y Moreno González-Aller, I. (2010). *Derecho del trabajo, Seguridad Social y proceso laboral: Una visión global para especialistas* (1ª edición). Las Rozas Madrid: La Ley.

Sesma Bastida, B. (2005). Extensión en la cobertura de la pensión de viudedad ante nuevas realidades sociales: Uniones de hecho y matrimonio homosexual. *Actualidad Laboral*, (1), 620-630.

Sevilla Pérez, F. (2006). La universalización de la atención sanitaria. Sistema nacional de salud y Seguridad Social. *Documentos De Trabajo (Laboratorio De Alternativas)*, (86)

- Sirvent Hernández, N. (2009). La residencia legal como requisito de acceso a la protección de Seguridad Social de los extranjeros extracomunitarios. *Revista General De Derecho Del Trabajo y De La Seguridad Social*, (20)
- Sobrino Guijarro, I. (2013). Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: Análisis de la reforma sanitaria en España. *Lex Social: Revista De Los Derechos Sociales*, (2), 127-158.
- Solanes Corella, Á., y Añón Roig, M. J. (2010). *Derechos Humanos, migraciones y diversidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Soto Moya, M. (2016). Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: Derecho a la pensión de viudedad. *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, (3)
- Sudrià, C. (1998). Las cajas de ahorros en los orígenes del retiro obrero (1900-1939). *Papeles De Economía Española*, (74), 323-330.
- Tantaleán Odar, C. F. (2015). Análisis del proceso de internacionalización de los Derechos Humanos y de la incorporación de normas internacionales a los ordenamientos internos. *Derecho y Cambio Social*, 12(39)
- Tarancón Pérez, E., y Romero Ródenas, M. J. (2011). *Prestaciones del régimen general de la Seguridad Social*. Albacete: Altabán.

- Terrádez Salom, D., Jimena Quesada, L. (2014). *La Carta Social Europea en el orden constitucional español*. Valencia:
- Torreblanca Payá, J. I. (2015). Carta de Europa: España: Es hora de volver. *Política Exterior*, 29(168), 14-19.
- Torres Andrés, J. M. (2004). La situación de los extranjeros en relación con el orden social. *Manuales De Formación Continuada*, (30), 11-178.
- Torres Andrés, J. M., y España. (2005). *La situación de los extranjeros en relación con el orden social*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.
- Torres del Moral, A., y Gómez Sánchez, Y. (1992). Principio de igualdad y pensiones de viudedad. *Revista De Derecho Político*, (35), 33-58.
- Torres García, I. (2011). De la universalidad a la especificidad: Los Derechos Humanos de las mujeres y sus desafíos. *Pensamiento Iberoamericano*, (9), 43-59.
- Tortuero Plaza, J. L. (1992). *Código de Seguridad Social: Derecho español y comunitario europeo* (1ª ? edición). Madrid: Civitas.
- Triguero Martínez, L. A. (2007). La Seguridad Social y la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares. A propósito

de la STSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007 (AS 2007, 900). *Aranzadi Social*, (5), 1837-1855.

Triguero Martínez, L. A. (2009). La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: Las SSTS de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y anteproyecto de ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 1(21), 73-104.

Urcelay Lecue, M. C. (2016). El TJUE permite al reino unido exigir "derecho de residencia" a los ciudadanos UE, que no ejercen actividad económica, para percibir prestaciones por hijo a cargo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 191-192.

Ureña Martínez, M. (2015). Parejas de hecho y pensión de viudedad tras las últimas sentencias del tribunal constitucional. *Derecho Privado y Constitución*, 23(29), 347-388.

Ureste García, C. R. (2002). Muerte y supervivencia. Prestaciones por hijo a cargo. *Manuales De Formación Continuada*, (19), 422-513.

Valdés Dal-Ré, F. (2011). Principio de igualdad y pensión de viudedad: Una relación en conflicto (y II). *Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica*, (2), 65-73.

Valle Villar, J. M. d. (2002). *La protección legal de la suficiencia del salario*. Madrid: Dykinson.

Venturi, A. (1995). *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social* (1ª edición) Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Vicente Palacio, M. A. (2011). En busca de la igualdad material de las mujeres: Igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social. *Lan Harremanak: Revista De Relaciones Laborales*, (25), 191-229.

Vicente Palacio, M. A., y García Ninet, J. I. (2007). La protección por vejez en la ley de bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963. *Tratado de jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (1st edición, pp. 307-326) Iustel.

Vida Soria, J. (2012). *Manual de Seguridad Social* (8a edición). Madrid: Tecnos.

Vida Soria, J., Monereo Pérez, J. L., y Molina Navarrete, C. (2014). *Manual de derecho del trabajo* (12a edición). Granada: Comares.

Villa Gil, L.E., (1975). *Armonización de la Seguridad Social en la CEE: Sus problemas de financiación*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

Villanueva Turnes, A. (2014). Análisis jurídico de la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 de 6 de noviembre de 2012 relativa a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en España. *Revista De Estudios Jurídicos*, (14)

Villar Cañada, I. M. (2016). Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: Puntos críticos de la jurisprudencia más reciente. *Estudios Financieros. Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, (400), 47-72.

Zurita Martín, I. (2012). La poligamia en el derecho marroquí y sus efectos en el ordenamiento jurídico español. *Actualidad Civil*, (1)

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL:
ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL A LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD E
IGUALDAD RECONOCIDOS EN EL ÁMBITO EUROPEO E INTERNACIONAL

WEBGRAFÍA

- webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:loFYh7A6bwAJ:cpdp.uab.es/derecho_penal/freixes/consejo_de_europa/Carta%2520Social%2520Europea.%2520Justiciabilidad.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es
- www.actuall.com/criterio/familia/asi-impone-la-onu-soto-voce-el-matrimonio-homosexual/
- www.binasss.sa.cr/revistas/rjss/juridica8/art3.pdf.
- www.biografiasyvidas.com/biografia/b/bismarck.htm
- www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2.
- www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2.
- www.cw.uc3m.es/derecho-social-e-internacional-privado/derecho-de-la-seguridad-social/lecturas/sistemanormativo.pdf.
- www.definiciones-de.com/Definicion/de/coke,_sir_edward.php
- www.efficientiurisfrb.com/apps/blog/show/41766281-uniones-de-hecho
- www.elderecho.com/tribuna/civil/parejas-pension-viudedad-reciente-judicial_11_787930001.html.
- www.elderecho.com/tribuna/civil/parejas-pension-viudedad-reciente-judicial_11_787930001.html

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL:
ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL A LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD E
IGUALDAD RECONOCIDOS EN EL ÁMBITO EUROPEO E INTERNACIONAL

- www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/Carta-social-europea/Carta-social-europea.htm
- www.europa.eu
- www.graduadosocialcadiz.net/documentos/sistema_espanol_ss.pdf
- www.hrbportal.org/archives/insights/protocolo-facultativo-del-Pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales
- www.ilo.com
- www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf
- www.madrid.org/gema/fmm/monogra8.htm
- www.migrarconderechos.es/bibliografia//TS_y_la_proteccion_social_inmigrante_sin_papeles
- www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx
- www.poderjudicial.es/search/
- www.segsocial.es/Internet_1/Masinformacion/Internacional/Otrasnormasinternac32162/ConvenioeuropeodeSe32165/index.htm
- www.seg-social.es/Internet_1/PortalEducativo/Profesores/Bibliografia/index.htm
- www.un.org
- www.un.org/es/aboutun/booklet/rights.shtml
- www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml
- www.unieuropea.blogspot.com.es/2012/12/tratado-de-fusion-1965.html

EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL:
ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL A LOS PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD E
IGUALDAD RECONOCIDOS EN EL ÁMBITO EUROPEO E INTERNACIONAL

- www.ur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Axy0022