

LA COORDINACIÓN COMUNITARIA DE LA PROTECCIÓN EN SITUACIONES DE DEPENDENCIA

THE COMMUNITY COORDINATION OF PROTECTION IN SITUATIONS OF DEPENDENCY

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

Artículo recibido el 7 de noviembre de 2017.
Artículo aceptado el 23 de noviembre de 2017.

RESUMEN

Los refugiados se enfrentan a problemas de exclusión social, marginación y explotación debido a la insuficiencia de un marco jurídico uniforme que regule, de manera acorde a la realidad social, el estatuto para las personas con derechos a la protección subsidiaria. A este respecto, se deja en manos de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales la aplicación de las reglas de juego en esta materia. Lo que, al tiempo, determina el establecimiento de sistema plural y discrecional que dependerá de la comunidad autónoma en la que se encuentre el ciudadano que solicita asilo, la situación administrativa, el tiempo de residencia y permiso en España. Por tanto, aunque el derecho al acceso a las prestaciones por dependencia se constituya como derecho colectivo social y universal, en la

práctica únicamente podrán beneficiarse aquellos refugiados que cumplan con los requisitos que establecen las leyes de asilo, dependencia y extranjería en España.

PALABRAS CLAVE: Refugiados, dependencia, Seguridad Social, asistencia social y servicios social.

ABSTRACT

The refugees are facing problems of social exclusion, marginalization and exploitation due to the lack of a uniform legal framework governing, way according to social reality, the Statute for persons with subsidiary protection rights. In this regard, is left in the hands of different national legal systems the application of the rules on this subject. What, at the time, determines the establishment of plural and discretionary system that depends on the autonomous community in which the citizen requesting asylum, the administrative situation is, the time of residence permit in Spain. Therefore, although the right to access to the dependency allowance is established as collective social and universal law in practice only benefit those refugees who meet the requirements that establish the laws of asylum, Unit and immigration in Spain.

KEY WORDS: Refugees, dependence, Social Security, social assistance and social services.

"Si la sociedad ha de alcanzar su fin, tiene que servir de estrella conductora este pensamiento de la solidaridad de los intereses de ambas partes; el que aprovecha la relación para perseguir el provecho propio en lugar del provecho colectivo, obra contra la idea básica de toda la institución...."
VON IHERING, R¹

SUMARIO

- 1. El declive del derecho a la dependencia en el marco de una sociedad en involución: problemática general y sistemas de coordinación comunitaria*
- 2. El Derecho a la Seguridad Social, asistencia social y servicios sociales en la Unión Europea: la protección por dependencia*

¹ VON IHERING, R: *El fin en el Derecho, Estudio preliminar "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho"* a cargo de Monereo Pérez, J.L, Granada, Comares, 2011, pág. 107.

2.1. *Asistencia social y servicios sociales para inmigrantes en España*

2.2. *La protección jurídico-social de inmigrantes, refugiados y asilados en situación de dependencia*

3. *Conclusiones*

BIBLIOGRAFÍA

1. EL DECLIVE DEL DERECHO A LA DEPENDENCIA EN EL MARCO DE UNA SOCIEDAD EN INVOLUCIÓN: PROBLEMÁTICA GENERAL Y SISTEMAS DE COORDINACIÓN COMUNITARIA

En todas las sociedades ha habido siempre una parte de la población que por razones varias (de edad, enfermedad o discapacidad) ha necesitado, con mayor o menor intensidad, la asistencia de terceras personas para ver colmadas sus necesidades vitales y cotidianas. A día de hoy, este fenómeno se ha asentado de manera casi definitiva en la sociedad contemporánea debido a factores tales como: el envejecimiento de la población, la supervivencia de enfermedades crónicas, incremento de dolencias invalidantes en mayores de 65 años y el aumento de la siniestralidad laboral. El proceso de envejecimiento demográfico está golpeando de forma imparable en todos los continentes, pero sin lugar a dudas es Europa el más afectado por esta "crisis de cuidados". Así es, todos los Estados miembro han visto peligrosamente aumentadas sus listas de personas dependientes, con el consiguiente empobrecimiento en las arcas que sostienen a los distintos sistemas de protección social.

Todo apunta, a que el envejecimiento demográfico desfavorable va a continuar en los próximos años, pues no sólo ha disminuido la tasa de natalidad, sino también la proporción de personas jóvenes². A lo cual hay que sumar la aparición de cambios en las estructuras familiares (cada vez hay más familias monoparentales o con pocos miembros) y sociales. En efecto, en la mayoría de las ocasiones, es la mujer la que tiene atribuida el rol de cuidado del hogar familiar, lo cual les obliga a tener que combinar su actividad laboral con el desempeño de las labores de cuidados de las personas dependientes (sistema de "doble jornada"). Lo que, al término, repercute negativamente en sus futuros derechos de pensiones³.

²<http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/lbcap1.pdf>

³ Ver Informe sobre la participación laboral de las mujeres en España publicado por el CES a fecha de 21 de diciembre de 2016 en la Sesión ordinaria del Pleno. En la misma línea, véase el comunicado de prensa de 8 de marzo de 2017 que publica Comisión Europea con motivo del día internacional de la mujer.

Entre las prioridades de las políticas europeas y nacionales se encuentra, sin lugar a dudas, la de alcanzar una mayor participación laboral de las mujeres, de modo que se haga frente así a todos aquellos grandes retos que tiene planteado el colectivo comunitario (así como la nación española). Se trata, en todo momento, de equilibrar las actuales tendencias demográficas mediante una recuperación de la natalidad a fin de mejorar las perspectivas adversas sobre la sostenibilidad del crecimiento económico, de la población en edad de trabajar y de los sistemas de protección social que derivan del progresivo envejecimiento de la población⁴. De ahí que, con vistas a lograr dichos objetivos, se deje en manos de terceros la labor de cuidados de los mayores y personas dependientes. No es, por ello, de extrañar que haya sido precisamente el ámbito de la dependencia el que más haya generado empleo en los últimos años⁵, al tiempo que también ha incrementado los índices de economía sumergida.

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

La Unión Europea (en adelante UE) apuesta firmemente por la protección de la dependencia, pese a no figurar en el catálogo de riesgos coordinados por los Reglamentos comunitarios. Lo que en la realidad demuestra cómo el sistema de los Tratados de la UE, en cuanto instrumentos jurídico-políticos de organización, determina que las competencias comunitarias se circunscriban, al respecto, al ámbito de la coordinación y no a la de la armonización⁶. La mecánica de la coordinación, en cuanto respetuosa y neutra con los sistemas nacionales, se activa sólo cuando entra en juego el elemento transfronterizo, territorial o personal. Lo que posibilita, en el campo de la

⁴ LÓPEZ INSUA, B.M: *El principio de igualdad de género en el derecho social del trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.

⁵ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C: "El derecho de dependencia de la Unión Europea: incidencias del derecho Comunitario en el seguro social", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº77, 2008, pág. 44.

⁶ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia", en VV.AA., *Migrantes y Derecho*, Murcia, Laborum, 2007, págs. 17 a 50. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de Coordinación de regímenes de Seguridad Social", VV.AA., *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Laborum, 2010, pág. 34.

dependencia, que una persona pueda recibir prestaciones, ya sean en metálico o en especie, aun cuando no se encuentre o resida en el Estado competente o en el territorio de la institución deudora de la pensión. Por lo tanto, con la coordinación se pretende que las minusvalías o las deficiencias físicas, sensoriales y psíquicas no se conviertan en obstáculos o barreras interestatales que obstruyan o impidan la movilidad de las personas que las sufren. De este modo, la coordinación aspira a garantizar que cuando un ciudadano comunitario se encuentre o resida fuera de su Estado de aseguramiento pueda continuar disfrutando de los derechos a los que podría tener derecho si no se hubiera desplazado temporal o definitivamente⁷.

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

A nivel europeo cabe destacar dos importantes instrumentos normativos que se insertan dentro de la lógica garantista de los derechos de Seguridad Social (entendiendo integrada dentro de ésta a las prestaciones por dependencia), de un lado, la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (BOE de 26 de Junio de 1980) y, de otro, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). Ambos textos son conscientes de la necesidad de conseguir una igualdad de trato entre los nacionales y los ciudadanos de terceros países independientemente de cuál sea el motivo que origine el desplazamiento que efectuasen estos últimos. No obstante, este principio de política social se ha visto ya limitado por ese concepto de ciudadanía exclusiva y excluyente que exige como condición *sine qua non* para la atribución o dotación de derechos de protección social el requisito de residente (para lo cual el extranjero deberá desarrollar un actividad profesional). En este sentido, el principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad (al que tanto se aspira lograr el colectivo europeo) conoce de determinadas excepciones respecto de las personas que residen legalmente en el espacio de la Unión, pues el derecho a la igualdad ha sido precisado por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004⁸ en donde se establece que durante los tres primeros meses de residencia, o durante un período más largo, los Estados miembros no están obligados a reconocer el derecho a prestaciones de dependencia a ciudadanos de la UE distintos de los asalariados, autónomos o que mantengan esa condición, así como a los miembros de sus familias (salvo que adquieran la residencia permanente).

⁷ GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDÁ, C: "El derecho de dependencia de la Unión Europea: incidencias del derecho Comunitario en el seguro social"...op.cit., págs. 48-49.

⁸ 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) nº 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.

En principio la política migratoria de la UE no se dirige tanto a la articulación de mecanismos de derechos o de protección social⁹, sino más bien al control de las fronteras para restringir el acceso de los nacionales de terceros países¹⁰. Ahora bien, lo que es evidente es que una vez que éstos acceden se genera una dinámica hacia una más intensa integración gracias al establecimiento de los principios de solidaridad y reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados comunitarios (Artículo 80 del TFUE), para lo cual se adoptarán las reglas que sean necesarias para facilitar su aplicación.

Así pues, la Carta Social Europea establece que «la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales» (Artículo 34.1). Sin embargo, por otra parte, insiste en el concepto de "residencia" al reconocer que «Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales» (Artículo 34.2). Y es que «con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales» (Artículo 34.3). Por todo ello, la Carta deja claro que el ejercicio de estos derechos depende "las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión, la legislación y las prácticas nacionales", de modo que su aplicación efectiva atiende, por el momento, a lo predispuesto en los sistemas nacionales de Seguridad Social (las prestaciones de Seguridad Social continúan estando «nacionalizadas», sin que existe un umbral mínimo o basamento mínimo de armonización legislativa comunitaria en esta materia). La coordinación intracomunitaria es la técnica legislativa instrumental (forma de «gobernanza legislativa suave», pero fuerte en la dimensión de política del Derecho) que podría evitar (o al menos atenuar)

⁹ Ello supone desnaturalizar los Derechos Fundamentales, pues la garantía que debe imperar aquí no sólo debe ser jurídico, sino también efectuada en la "realidad social". En otras palabras, se exige el establecimiento de todo un engranaje de medidas a fin de observarse la puesta en práctica de los Derechos Fundamentales por parte de los actores públicos y privados. Ver MONEREO PÉREZ, J.L: "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 34, 2013, pág. 35 en su versión digital.

¹⁰ Véase, a este respecto, el Capítulo dos, del Título V del Tratado de Funcionamiento de la UE (artículos 77 a 80) sobre "Políticas de control de fronteras, asilo e inmigración".

los impedimentos para la aplicación de las distintas legislaciones nacionales de Seguridad Social a los trabajadores en el espacio de la UE¹¹.

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

En el momento actual, por lamentable que pueda ser, las políticas europeas de regulación de inmigrantes se mueven en un terreno movedizo (como ya se ha apuntado) entre el "deber ser" y el "ser habitual" en donde más que aplicarse los principios de solidaridad, integración e igualdad, se están llevando a cabo prácticas de expulsión y retorno voluntario. Lo cual es contrario a la lógica que impera a nivel internacional, así como en el estándar de protección efectiva que establece la Carta de Derechos Humanos¹².

Muchos solicitantes o demandantes de asilo quedan en una situación entre paréntesis, sin derechos o a la espera de su reconocimiento, el cual a menudo nunca llega, porque la tendencia en los gobiernos –visible en la coyuntura actual en los países europeos- no es otra que endurecer las condiciones de reconocimiento y la restricción, en caso de hacerlo, de los derechos que se le atribuyen. El solicitante de asilo se ve obligado a trabajar en la economía sumergida sufriendo así privaciones y situaciones de precariedad laboral debido a que no puede conseguir empleo en la economía legal o regular¹³. Deplorable es, quizás, el término que mejor define la situación de todas aquellas personas que se ven abocadas a vivir en una espiral de pobreza y trabajo irregular a la espera de un empleo digno, moviéndose así en un terreno movedizo entre la legalidad y el fraude al sistema de Seguridad Social. Y es que, a día de hoy, el empleo sumergido y el fraude constituyen elementos centrales que inciden en la crisis de

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L.: «El derecho a la Seguridad Social y a la ayuda social», en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2007, págs. 893 y siguientes.

¹² MONEREO PÉREZ, J.L.: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 41, 2016, págs. 1 y siguientes.

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L.: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados"...op.cit., págs. 18 y siguientes.

financiación del sistema de Seguridad Social y, en particular, de protección de los derechos fundamentales de todo ciudadano¹⁴ (y más concretamente, de los derechos a la protección social, asistencia social y servicios sociales). Principalmente, la situación de estos colectivos se hace más vulnerable cuando afecta a "inmigrantes indocumentados, ilegales o irregulares" a quienes aunque en la práctica ordinaria se les reconozca derechos generales como persona (incluidos ciertos derechos de Seguridad Social) en la realidad carecen, por el contrario, de derechos económicos, sociales y políticos. Así pues, en materia de previsión social, únicamente las medidas asistenciales de las que podrán disfrutar son las propias de la Seguridad Social contributiva. Por lo que, en el fondo del asunto, a lo que está conduciendo todo este catálogo incompleto de medidas es a la implantación del principio de que "el trabajo sí es una mercancía", en contraposición con lo que establece la Declaración de Filadelfia, 1944, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, 1998, y la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008¹⁵.

2.1. Asistencia social y servicios sociales para inmigrantes en España

La Directiva 2011/95/CE establece un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con protección subsidiaria, lo que junto al contenido de la protección básica (la cual deberá venir determinada por cada uno de los Estados miembro) se le añaden otras normativas reguladoras de la política de asilo en Europa¹⁶. A este respecto, el artículo 29 en sus apartados 1 y 2 de la Directiva reconoce que: "Los Estados miembros velarán por que los beneficiarios de protección internacional reciban, en el Estado miembro que les haya concedido tal protección, la asistencia social necesaria, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado miembro. No obstante lo dispuesto en la norma general establecida en el apartado 1, los Estados miembros

¹⁴ LÓPEZ INSUA, B.M: "La lucha contra la precarización en el empleo desde la perspectiva de la Seguridad Social: desempleo o supervivencia en un contexto de crisis económica y social", *IUSLabour*, nº1, 2016, pág. 3.

¹⁵ Véase el Preámbulo de la Recomendación OIT, núm. 204, sobre la transición de la economía informal a la economía formal, adoptada por la Conferencia en su 104.a reunión, el 12 de junio de 2015 en Ginebra. En MONEREO PÉREZ, J.L: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados"...op.cit., pág. 19.

¹⁶ A saber: la Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, Directiva 2013/33/UE, sobre normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional, Reglamento 603/2013/UE, relativo a EURODAC, Reglamento 604/2013/UE, sobre determinación del Estado miembro responsable de examinar la solicitud (Dublín III)... En el mismo se parte de la consideración de que una política común en el ámbito del asilo, que incluya un Sistema Europeo Común de Asilo, forma parte constitutiva del objetivo de la Unión Europea de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia abierto a los que, impulsados por las circunstancias, busquen legítimamente protección en la Unión. Una política de esta naturaleza debe regirse por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto de los costes económico-financieros de la gestión. Ver En MONEREO PÉREZ, J.L: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados"...op.cit., pág. 28 en su versión digital.

podrán limitar la asistencia social concedida a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria a las prestaciones básicas, que, en dicho caso, se ofrecerán en el mismo nivel y según los mismos requisitos que a sus propios nacionales".

En principio, para el ordenamiento jurídico español el derecho al asilo queda regulado por la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y protección subsidiaria (BOE núm. 263 de 31 de octubre de 2009). Normativa a través de la cual se desarrolla el mandato previsto por el artículo 13.4 de la Constitución Española (CE): "La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España".

En este sentido, y en lo que respecta a la materia de protección social, la normativa de 2009 establece en su artículo 30 que: "Se proporcionará a las personas solicitantes de protección internacional, siempre que carezcan de recursos económicos, los servicios sociales y de acogida necesarios con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad, sin perjuicio, en tanto que extranjeros, de lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en su normativa de desarrollo". Por lo tanto, queda claro que en esta Ley 12/2009 de nuevo se reitera en aquella previsión que, posteriormente, se recogerá por parte de la Directiva 2011/95/CE sin que, en ningún momento, se defina ante qué tipo de derechos y protección básica se está. Y es que, de conformidad con lo previsto por la CE, la asistencia social y los servicios sociales no alcanzan el rango de derecho fundamental constitucional, ni tampoco de principios rectores de la política social, ya que sólo se hace mención subjetiva a sendos derechos para referirse a las personas de la tercera edad en el artículo 50 de la Carta Magna¹⁷: "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".

Esta formalidad obliga a reconducir interpretativamente los servicios sociales por medio de la asistencia social, por más que técnicamente desde el campo doctrinal se haya tratado de diferenciar. Sin embargo, cabe admitir, que ambos son conceptos que comparten claras semejanzas y finalidades de fondo¹⁸. Así pues, de una parte, la asistencia social hace referencia a las prestaciones individualizadas que atienden a las

¹⁷ ALEMÁN BRACHO, C: "Los servicios sociales en la democracia" en *Fundamentos de servicios sociales*, VV.AA, ALEMÁN BRACHO, C (Coord), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 186- 190.

¹⁸ ALONSO-OLEA GARCÍA, B: "Servicios sociales" y DE LA VILLA GIL, L.E: "Asistencia social" ambos en *Enciclopedia laboral básica "Alfredo Montoya Melgar"*, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F Y AGUILERA IZQUIERDO, R (Dir y Coord), Aranzadi, Madrid, 2012, págs. 1283-1286 y 203 -206.

necesidades básicas de las personas sin recursos suficientes, mientras que los servicios sociales son prestaciones técnicamente tipificables dirigidas a todas las personas pudiendo particularizar éstas en colectivos concretos atendiendo a sus necesidades específicas¹⁹. De acuerdo con esta diferenciación las personas extranjeras (y más concretamente los asilados y refugiados) podrán estar protegidas por una u otra vía dependiendo de sus circunstancias concretas y específicas²⁰.

La interpretación terminológica de ambos conceptos ha originado una compleja descentralización de los servicios sociales y prestaciones asistenciales que podrán desarrollarse en el Estado español, colocando así como grandes protagonistas en toda esta escena a las distintas Comunidades Autónomas (Artículo 148.1.20 CE). De acuerdo con el mandato constitucional de distribución de competencias las CCAA ya han matizado, condicionado y limitado el acceso de los extranjeros a estos servicios y prestaciones sociales con el único fin de garantizar el acceso a las mismas en condiciones de equidad²¹. Ahora bien, esto no implica que pueda generarse diferencias de trato en la titularidad y en el ejercicio de las mismas sino que, como bien expone el artículo 30 de la Ley 12/2009, se habrá de estar a lo previsto por la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOEXIS).

En la LOEXIS el artículo 14 incluye, junto a los derechos de Seguridad Social, los Servicios Sociales. Esto conlleva entender, en primer lugar, que se tratan éstos de unos derechos de protección externa al sistema de Seguridad Social que deberían aparecer de forma independiente al derecho de Seguridad social y, en segundo lugar, se enuncia al artículo 14 con un título incompleto en cuanto que junto a los servicios sociales se deberían haber incluido las prestaciones sociales (tal y como especifican los apartados 2 y 3 del artículo 14)²².

La evolución que ha seguido estos derechos no ha sido, para nada, pacífica. Y que tras diversas reformas legislativas, la LOEXIS continua manteniendo el disfrute de estos derechos tan sólo para los residentes en situación administrativa regular (excluyendo así a los extranjeros en situación irregular). Por lo que, siempre que el ciudadano de terceros países solicitantes de asilo o refugio en España cumpla con los

¹⁹ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J: "La protección social de los extranjeros en España", *Aranzadi Social*, Tomo V, 2011, pág. 1292.

²⁰ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2012, pág. 417.

²¹ MONEREO PÉREZ, J.L Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A: "Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales", en VV.AA.,: *Comentario a la ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, MONEREO PÉREZ, J.L; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A, Comares, Granada, 2012, pág. 264.

²² MONEREO PÉREZ, J.L Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A: "Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales"... op.cit., páginas 262 y 263. TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes...*op.cit., pág. 419.

requisitos que se establecen en el Título II (relativo a las reglas procedimentales para el reconocimiento de protección internacional), Capítulo I -artículos 16 a 22 y Capítulo II - artículo 23 a 29- podrá "siempre que carezcan de recursos económicos" acceder a los servicios sociales y de acogida necesarios con la finalidad de asegurar la satisfacción de sus necesidades básicas en condiciones de dignidad (Artículo 30 de la Ley 12/2009). Ahora bien, cabe tener en cuenta que "Los servicios sociales y de acogida específicamente destinados a las personas solicitantes de protección internacional se determinarán reglamentariamente por el Ministerio competente" (Art. 30.2 de la Ley 12/2009). A este respecto, cabe llamar la atención de lo preceptuado por el artículo 31.1 y 2 (intitulado "acogida de los solicitantes de protección internacional) de la Ley de asilo en España, a saber: "1. Los servicios de acogida, su definición, disponibilidad, programas y servicios, específicamente destinados a aquellas personas que soliciten protección internacional, se determinarán reglamentariamente por el Ministerio competente para atender las necesidades básicas de estas personas. La acogida se realizará, principalmente, a través de los centros propios del Ministerio competente y de aquéllos que sean subvencionados a organizaciones no gubernamentales. Los servicios, ayudas y prestaciones del programa de acogida podrán ser diferentes cuando así lo requiera el procedimiento de asilo o sea conveniente la evaluación de las necesidades de la persona solicitante o se encuentre detenida o en las dependencias de un puesto fronterizo".

Por todo ello, queda claro que los servicios sociales y asistenciales que proporciona el Estado español se harán extensibles a todas las personas extranjeras que residan conforme a la legalidad vigente, siendo pues las prestaciones de las que podrán disfrutar las generales, básicas, específicas y vitales para cubrir sus necesidades mínimas. Ahora bien, respecto de los extranjeros en situación irregular la LOEXIS tan sólo dice que "... tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas" (Art. 14.3). No obstante, este modelo general podrá ser modulado, limitado y restringido dependiendo de la CCAA en donde resida la persona refugiada. Por lo que, determinar qué prestaciones sociales son básicas y cuáles específicas será una cuestión que dependerá de cada CCAA²³, pues tanto la LO 4/2000, como su reglamento de desarrollo guardan un absoluto silencio en esta materia²⁴.

Pese a estos aspectos, por el contrario, la LOEXIS si ha experimentado una ampliación y concreción de su ámbito subjetivo en el último inciso del artículo 14.2 en

²³ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes...*op.cit., pág. 421.

²⁴ La doctrina científica critica duramente esta ausencia o laguna legislativa al considerar que si lo que pretende la LOEXIS es, precisamente, el fomento de una efectiva integración social de las personas extranjeras lo que no se puede es dejar en manos de la discrecionalidad normativa de las distintas CCAA la determinación de los servicios y prestaciones sociales básicas y específicas. La concreción de qué necesidades se han de cubrir frente a aquellas que no genera situaciones de desigualdad entre la población lo que conduce a una clara inseguridad jurídica y vulneración del principio de igualdad. Ver GRANADOS ROMERA, M^a I: "Trabajadores extranjeros, servicios y asistencia social", en *Protección jurídica-social de los trabajadores extranjeros*, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L (DIR), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A (COORDS.), Comares, Granada 2010, pág. 314.

donde, la vigente LO 4/2000, configura a la asistencia social y a los servicios sociales como verdaderos derechos sociales fundamentales para la ciudadanía extranjera con discapacidad o menores de 18 años (independientemente de su estado físico y psíquico). En este sentido, se deberán entender incluidos los directamente relacionados con la situación de dependencia que presente el menor como consecuencia de su discapacidad e independientemente de su situación administrativa, de acuerdo con lo establecido por la actual Ley 39/2006, de Promoción de la autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia (en adelante LAAD). Normativa esta última en la cual, claramente, el artículo 5.2 preceptúa que "... Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los tratados internacionales"²⁵.

2.2. La protección jurídico-social de inmigrantes, refugiados y asilados en situación de dependencia

En todas las sociedades ha habido una parte de la población que por razones varias (edad, enfermedad o discapacidad) ha necesitado, con mayor o menor intensidad, la asistencia de terceras personas para ver colmadas sus necesidades vitales y cotidianas. Actualmente, se está produciendo en la sociedad española una "crisis de los cuidados" debido a factores tales como: el envejecimiento de la población, la supervivencia de enfermedades crónicas y el aumento de la siniestralidad laboral²⁶. Lamentablemente, es en este ámbito en donde más predomina la economía sumergida y el empleo irregular de inmigrantes y personas en situación de necesidad debido a que la prestación de servicios se desarrolla muchas veces en el hogar familiar y, por tanto, fuera del control de la inspección de trabajo.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención de personas dependientes²⁷ (en adelante, LAAD) ha propiciado la creación de nuevos derechos de ciudadanía, que han implicado para los poderes públicos la asunción de responsabilidades en orden a garantizar de un Estado de Bienestar y de Derecho. Tanto el Tratado de Lisboa de 2007, como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) del año 2000 han conseguido dar un paso más para

²⁵ Se refiere, en concreto, a la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y a la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. En sendas normativas se establece, con carácter específico, los derechos del menor impedido mental y físicamente a recibir cuidados especiales y, de forma más general, que los menores gozarán de los derechos garantizados en el ordenamiento jurídico sin discriminación por razón de nacionalidad.

²⁶ MONEREO PÉREZ, J.L Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª: "La protección de la dependencia desde una perspectiva de género" en *Género y derechos fundamentales*, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L Y MONEREO ATIENZA, C (Dir y Coord), Comares, Granada, 2010, págs. 525 -526.

²⁷ BOE núm. 299 de 15 de diciembre de 2006.

el advenimiento de una ciudadanía social europea al crear nuevos escenarios en donde intervienen los derechos de protección social²⁸. Se produce una fuerte tensión entre las tendencias neoliberales y flexibilizadoras frente a la protección de los derechos de Seguridad Social, la cual mantiene todavía a día de hoy en vilo a la sociedad contemporánea. Y es que, la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación se ha erigido en uno de los principios inspiradores de la vigente LAAD, así pues: "La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en esta Ley" (Artículo 3.b). En principio, cualquier persona en situación de necesidad podrá acceder a las prestaciones por dependencia con independencia de cuál sea su situación económica, pues lo realmente relevante es aquí la existencia de una necesidad socio-sanitaria previamente evaluada²⁹.

Una vez enmarcada la dependencia en el cuadro normativo que conforma a los derechos sociales fundamentales del Sistema de Tratados y de la CDFUE cabe preguntarse pues ¿cuál es el tratamiento que recibe esta figura? A este respecto, la CDFUE entiende que la dependencia es una prestación que entra dentro del sistema de Seguridad Social, constituyendo así eje vertebrador de la construcción de las modernas políticas de Seguridad Social, asistencia social y servicios sociales³⁰. Y, por tanto, se configura como una contingencia protegida por los sistemas públicos de protección social (Artículo 34 CDFUE), aunque si bien queda sujeta a limitaciones considerables pues únicamente podrán acceder a esta prestación aquellas personas que residan³¹ y se desplacen por el territorio de la UE. Lo que implica, en la práctica, una restricción importante respecto de aquellas personas que no ostenten o adquieran una situación regular de acuerdo con el orden jurídico administrativo (artículo 36.3 LOEXIS)³².

En relación al tratamiento jurídico de la dependencia en el ordenamiento jurídico europeo y su proyección en España ha de repararse en dos aspectos, el primero, es que el dato de la de la protección jurídica de las situaciones de dependencia es

²⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo Europeo*, Granada, Comares, 2009. En este mismo sentido, MONEREO PÉREZ, J.L Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a: "La protección de la dependencia desde una perspectiva de género"... op.cit., págs. 531- 532.

²⁹ Al hilo de esta idea, el artículo 4.3 de la LAAD establece que: "Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos enumerados en el párrafo anterior, sin más limitaciones en su ejercicio que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia".

³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: "El modelo de protección social de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social", *Documentación Laboral*, nº 276-277, 2006.

³¹ Para un conocimiento más exhaustivo véase MALDONADO MOLINA, J.A.: " La protección de los migrantes-dependientes", *Documentación Administrativa*, nº 276-277, 2006-2007, pp. 649-651. Y es que, respecto a la residencia, existencia diferencias entre los extranjeros comunitarios y los extracomunitarios, sin que en ningún momento la Ley distinta entre asilados, refugiados o apátridas.

³² MONEREO PÉREZ, J.L Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a: "La protección de la dependencia desde una perspectiva de género"... op.cit., págs. 531-532.

perfectamente encuadrable en los sistemas de Seguridad Social (en relación el artículo 34 de la CDFUE) y, el segundo, se constata que la dependencia se trata de una contingencia compleja, de modo que además de abarcar a las personas mayores, comprende también a las situaciones de discapacidad -física, psíquica o sensorial- (por lo que se ponen aquí en relación los artículos 25 y 26 de la CDFUE). Con todo ello y pese al avance que supone a nivel europeo la protección de la dependencia en el marco de los derechos fundamentales de protección social, no puede por otra parte ocultarse que subsisten aquí algunas deficiencias o lagunas. Ciertamente, el modelo escogido se resiste a garantizar de una manera efectiva los derechos ahí proclamados, pues parte de un sistema de "constitucionalización débil" que no protege, ni ampara suficientemente y adecuadamente la plena efectividad de los derechos sociales. Y ello es debido a que los destinatarios directos de estos derechos son los órganos e instituciones comunitarias, así como los distintos Estados miembro cuando en el ejercicio de sus propias competencias, como es el caso de la nación española, deban observar y promover la aplicación del Derecho establecido por el orden comunitario en aquellas competencias que sean de la UE. En otras palabras, la efectividad de los derechos sociales fundamentales, entre los que se encuentra la dependencia, queda condicionada por el alcance del principio de subsidiariedad³³.

En este orden de ideas, se observa cómo el requisito de la residencia para el acceso a la dependencia se conforma así como un elemento necesario para el acceso universal a las prestaciones asistenciales no contributivas en el ordenamiento jurídico español³⁴. Y es que, aunque no se haya insertado la cobertura de la dependencia dentro del sistema de Seguridad Social nacional, se anudan al mismo determinados elementos que la hacen imprescindibles para dotar de cobertura al conjunto normativo de protección social en España³⁵. Por lo que, aunque desde una perspectiva *strictu sensu* este derecho se encuadre al margen de la Seguridad Social, al no utilizarse el título competencial que atribuye el artículo 149.1.17 de la CE, por contra, se entiende desde una perspectiva amplia dentro del sistema público de Protección Social, ya que desde

³³ El principio de subsidiariedad, en su definición más amplia, dispone que un asunto debe ser resuelto por la [autoridad](#) (normativa, política o económica) más próxima al objeto del problema. El "principio de subsidiariedad" es uno de los principios sobre los que se sustenta la [Unión Europea](#), según quedó establecido por el *Tratado de Maastricht*, firmado el 7 de febrero de 1992 y después conocido como [Tratado de la Unión Europea](#). Su actual formulación quedó plasmada en el Artículo 5 (2), modificada por el [Tratado de Lisboa](#) desde el 1 de diciembre de 2009. Para un conocimiento más exhaustivo véase MONEREO PÉREZ, J.L Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M: "La protección de la dependencia desde una perspectiva de género"... op.cit., págs. 531-532.

³⁴ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: *La residencia en España desde el prima del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Navarra, Thomson-Reuters. Aranzadi, 2014.

³⁵ MALDONADO MOLINA, J.A: " La protección de la dependencia en la Seguridad Social Comunitaria", *Noticias de la Unión Europea*, nº 319, 2011, página 75. Además, el requisito de la exigencia de un periodo previo de residencia en el territorio español prevista por la Ley 39/2006 coincide con los requisitos de las pensiones no contributivas del sistema de Seguridad Social, concretamente adopta el criterio temporal requerido para la pensión por invalidez no contributiva.

sus orígenes los contenidos, prestaciones y servicios que dan vida a esta prestación forman parte inescindible del sistema de Seguridad Social³⁶.

La doctrina científica entiende que la exigencia de la "residencia" tiene su razón de ser en un doble objetivo, de una parte, determina con antelación si hay cabida o no por razones presupuestarias la protección que se solicita y, de otra parte, cumple una función preventiva frente al denominado "turismo social"³⁷. Sin embargo, para otro sector doctrinal el requisito de la residencia tiene por única finalidad la de no cargar al Estado, a las CCAA o a las Entidades Locales con la protección social de aquellas personas cuya "permanencia" social o política no es estable³⁸.

Tanto para el acceso a los servicios sociales, como a las prestaciones asistenciales de dependencia, la cuestión problemática nuevamente vuelve a situarse en torno a qué debe entenderse por necesidades básicas y específicas. Lo cual no queda determinado por más que su desarrollo y contenido se haya constituido *ad hoc*, y es que el sistema para la autonomía y atención a las personas dependientes, materialmente, como derecho social fundamental se realiza mediante los servicios sociales de las CCAA y las competencias por ellas asumidas³⁹. De nuevo, el ojo del huracán vuelve a estar del lado discrecional regulador de cada una de las distintas CCAA.

Para los extranjeros que soliciten asilo y refugio en España, atendiendo a la fractura que presenta este derecho en relación a su universalidad por medio de la función constitucional⁴⁰, la configuración jurídico-legal de este derecho y, por tanto, de su titularidad y ejercicio no encuentra mención específica en la LOEXIS. Ello obliga a entender, implícitamente, que el mismo se incluye entre los derechos a los servicios

³⁶ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

³⁷ MONEREO PÉREZ, J.L; MORENO VIDA, M^a.N; MALDONADO MOLINA, J.A Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a: *Manual de derecho de dependencia*, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 114.

³⁸ CHARRO BAENA, P: "Titularidad del derecho" en *Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia. ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia y normas autonómicas*, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V Y CHARRO BAENA, P, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, pág. 184.

³⁹ BAVIERA PUIG, I: *La protección de la dependencia: un estudio global: claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2007. MONEREO PÉREZ, J.L Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A: "Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales"... op.cit., pág. 264.

⁴⁰ Cobra aquí especial relevancia el Libro Blanco de Atención a las Personas en situación de Dependencia (de diciembre de 2004) al tratar de garantizar las prestaciones básicas en el ámbito de los derechos de los artículos 39 CE (familia), artículo 49 CE (discapacidad) y 50 de la CE (personas mayores). Ahora bien, se debe traer también a colación el artículo 149.1.1. de la CE (en donde se establece que el Estado deberá establecer las bases que permitan el ejercicio de todos los derechos -y en particular los de naturaleza prestacional- a fin de que se lleven a cabo en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional. GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a: "Las prestaciones económicas para situaciones de dependencia en el ordenamiento jurídico español" en *La protección jurídica de las situaciones de dependencia*, Comares, Granada, 2007.

sociales y prestaciones asistenciales que recoge el artículo 14.2 de la Ley 4/2000 (anteriormente analizado).

No obstante a lo anterior, la LAAD sí concisa la titularidad del derecho para las personas extranjeras (y, por consiguiente, para los refugiados y asilados) sobre la base de un criterio explícito y otro implícito. Así pues, de acuerdo con los artículos 5.1 y 5.2 de la Ley 39/2006, podrán ser titulares de las prestaciones por dependencia: a) las personas que estén situación de dependencia en cualquiera de los grados definidos legalmente⁴¹ y b) deberá la persona encontrarse en una situación de dependencia de larga duración, esto es, se exige una residencia mínima en España de cinco años, de los que dos tienen que ser anteriores a la fecha de presentación de su solicitud. De acuerdo con esta última idea, las personas extranjeras inmigrantes en situación de residencia temporal no podrán disfrutar de este derecho social fundamental, lo que implica ya no sólo condicionar el acceso a la dependencia en función de la situación regular de la persona en España, sino también a la duración de la residencia (ligándolo así, directamente, al permiso de residencia que tenga en vigor la persona extranjera)⁴². En definitiva, lo que viene a expresar la ley es que los residentes regulares podrán acceder a la dependencia siempre que cumplan con los requisitos que establece el artículo 5 de la Ley 39/2006, mientras que los irregulares habrán de estar a lo que determine cada CCAA. Esta situación de anomalía se hubiera solventado si la LAAD hubiese fijado unos criterios más claros para el reconocimiento de los derechos vinculados a la situación de dependencia de los ciudadanos de terceros países que buscan asilo y refugio en España.

3. CONCLUSIONES

Los incesantes movimientos migratorios de personas en búsqueda de nuevas oportunidades de vida, trabajo o incluso refugio y asilo político, vienen ocupando desde antiguo un lugar primordial entre las cuestiones que más preocupan a la sociedad española, justo a continuación del paro y del terrorismo. Sin ir más lejos, esta materia figura como elemento clave y fundamental en la agenda de la Unión Europea para alcanzar el grado óptimo de desarrollo económico y de cohesión social que tanto necesita el conjunto de estados que lo integran. Por consiguiente y dado el elevado interés que suscita, es de ley convenir que los Estados miembros deben aplicarse trabajando intensamente en este asunto.

⁴¹ Se entienden que se encuentran en situación de dependencia aquellas personas que no tengan capacidad suficiente para controlar, afrontar y tomar por propia iniciativa decisiones personales acerca de cómo vivir, de acuerdo con lo establecido por las normas y preferencias propias. De igual modo, se encuentran en situación de dependencia las personas que no son capaces de desarrollar las actividades básicas de su vida cotidiana.

⁴² MONEREO PÉREZ, J.L.; MORENO VIDA, M^a.N.; MALDONADO MOLINA, J.A Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M^a: *Manual de derecho de dependencia...* op.cit., págs. 165-166.

La migración es un fenómeno de gran complejidad que abarca facetas y actividades muy variadas que implican más destacadamente a: las propias personas migrantes y a sus condiciones administrativas, laborales, culturales y sociales, a la población de acogida, al conjunto de la sociedad, a sus valores, actitudes y comportamientos como ciudadanos de una sociedad democrática..., etcétera.

Sin lugar a dudas, las personas migrantes constituyen un sector débil de la población que encuentra especiales dificultades para el ejercicio efectivo de muchos derechos que, según el caso, pueden o no tener reconocidos en base a su situación legal. De ahí que se no sea extraño verlos abocados con cierta frecuencia a posiciones de evidente precariedad y exclusión social. Por esta razón, el fenómeno de las migraciones precisa urgentemente de una respuesta sistemática, estructurada y organizada a medio plazo, que le permita a la sociedad contemporánea afrontar el presente y prever el futuro, pero que además le proporcione un marco global de referencia (tanto a nivel europeo, como internacional general) para una cabal comprensión de la misma. Así pues, se trata de una temática que por afectar a la propia estructura social, a los hábitos de vida, a la expresión cultural y a la convivencia, necesita ser asumido por el conjunto de la población y no sólo por sus Instituciones sociales. En efecto, las migraciones presentan todavía aspectos problemáticos muy heterogéneos en los que a la responsabilidad pública le corresponde tomar parte e implicarse más cercanamente.

Una de las trabas más graves que se produce a nivel europeo consiste en la falta de respeto debido hacia los Derechos humanos y libertades fundamentales, pues a pesar de los múltiples instrumentos normativos existentes, lo cierto, es que los principios de libertad de circulación, no discriminación e igualdad no se están respetando. Y ello, aun cuando, desde el campo de las Instituciones y Organismos Internacionales ya se hayan declarados ilegales esas prácticas por su contraposición con el estándar de Derechos humanos. Lamentablemente, en las políticas públicas migratorias impera todavía la racionalidad excluyente y represiva debida al redescubrimiento de la idea de "peligrosidad social", de ahí que el tratamiento que reciban los ciudadanos de terceros países sea inferior a aquella que ostenta la ciudadanía nacional. No se ha construido todavía un política común en sentido propio y totalizador, no obstante, en materia de flujos migratorios y asilo asistimos a un convergencia europea reforzada, lo cual se traduce en la atribución de un conjunto de derechos limitados a aquellas prestaciones sociales y asistenciales básicas. Son tratados así los extranjeros como ciudadanos de segunda clase o subalterna, lo que determina una jerarquización de los derechos de las personas dentro de una misma nación.

El riesgo para la democracia social es la fuerte tendencia hacia la consagración de un Estado de seguridad, de control social permanente y selectivo con una multiplicidad de expresiones, a saber: la atribución selectiva de derechos a las personas, imposición del principio de tolerancia cero, invasión de las comunicaciones,

encarcelamiento de migrantes sospechosos de terrorismo o inmigrantes ilegales...etcétera. En este sentido, impera todavía una racionalidad mercantilista y economicista del mercado de trabajo que resulta contraria al pleno respeto de los derechos de Seguridad Social y de protección social de migrantes. Lo que al final conduce a un endurecimiento de las políticas migratorias- en general- que son de aplicación en el ámbito de la UE y en el ordenamiento de cada uno de los Estados que conforman el colectivo comunitario, pues la idea simplista de que la razón base del problema de los refugiados se encuentra en el país de origen (y, por consiguiente, en la falta de desarrollo de la misma o en la alteración del orden social como consecuencia de la guerra o actos de terrorismo) no hace más que imperar incansable en la cabeza del legislador comunitario.

Los refugiados y asilados se enfrentan a problemas de exclusión social, marginación y explotación debido a la insuficiencia de un marco jurídico uniforme que regule, de manera acorde a la realidad social, el estatuto para las personas con derechos a la protección subsidiaria. A este respecto, se deja en manos de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales la aplicación de las reglas de juego en esta materia. Así por ejemplo, en el caso del Estado español, el artículo 41 de la CE garantiza, salvo excepciones, que el migrante en situación irregular tenga acceso -en igualdad de condiciones que los nacionales- a las prestaciones contributivas, de asistencia social y servicios sociales de las CCAA. Sin embargo, y lejos de aplicar este modelo general, las CCAA han ido matizando, condicionando y limitando el acceso a estos servicios y prestaciones sociales. Y todo ello con el fin de garantizar el acceso en condiciones de equidad⁴³.

En materia de dependencia la cuestión problemática se haya respecto de lo que se ha de entender por servicios y prestaciones sociales generales y específicas. Y es que, desgraciadamente, no se establece ninguna norma concreta en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) o en la LOEXIS que haga evidenciar una cierta "seguridad político-jurídica". Lo que, al tiempo, determina el establecimiento de sistema plural y discrecional que dependerá de la CCAA en la que se encuentre el ciudadano que solicita asilo, la situación administrativa, el tiempo de residencia y permiso en España. Por tanto, aunque el derecho al acceso a las prestaciones por dependencia se constituya como derecho colectivo social y universal, en la práctica únicamente podrán beneficiarse aquellos refugiados que cumplan con los requisitos que establece las leyes 12/2009 de asilo, LAAD, así como la LOEXIS. En otras palabras, en el caso de los extranjeros en situación regular cualesquiera servicios o medidas de asistencia social que se arbitren a

⁴³ MONEREO PÉREZ, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social" (art. 41 CE), en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C Y MORENO VIDA, M^ªN (Dir), Comares, Granada, 2001.

favor de las personas de nacionalidad española deben de concederse con la misma extensión e intensidad a los extranjeros regulares. No así a los que se encuentran en situación irregular, a los que sólo le corresponden las prestaciones básicas. Cuál sea la diferencia entre las prestaciones básicas y las específicas no es un tema nítido, sino que ha de ser definido por la propia Administración con competencias normativas al respecto, ya sea la estatal o la autonómica, sin perjuicio del derecho a la posible reclamación. De tal modo que no es de suyo que deba haber diferencias en esta materia entre irregulares y regulares, pero sí que sólo éstos últimos tienen garantizada la paridad de trato con los nacionales españoles.

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

BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN BRACHO, C: "Los servicios sociales en la democracia" en *Fundamentos de servicios sociales*, VV.AA, ALEMÁN BRACHO, C (Coord), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B: "Servicios sociales" en *Enciclopedia laboral básica "Alfredo Montoya Melgar"*, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F Y AGUILERA IZQUIERDO, R (Dir y Coord), Aranzadi, Madrid, 2012.

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

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

DE LA VILLA GIL, L.E: "Asistencia social" en *Enciclopedia laboral básica "Alfredo Montoya Melgar"*, VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F Y AGUILERA IZQUIERDO, R (Dir y Coord), Aranzadi, Madrid, 2012.

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

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J: "La protección social de los extranjeros en España", *Aranzadi Social*, Tomo V, 2011.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C: "El derecho de dependencia de la Unión Europea: incidencias del derecho Comunitario en el seguro social", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº77, 2008.

GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª: "Las prestaciones económicas para situaciones de dependencia en el ordenamiento jurídico español" en *La protección jurídica de las situaciones de dependencia*, Comares, Granada, 2007.

GRANADOS ROMERA, Mª I: "Trabajadores extranjeros, servicios y asistencia social", en *Protección jurídica-social de los trabajadores extranjeros*, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L (DIR), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A (COORDS.), Comares, Granada 2010.

LÓPEZ INSUA, B.M: "La lucha contra la precarización en el empleo desde la perspectiva de la Seguridad Social: desempleo o supervivencia en un contexto de crisis económica y social", *IUSLabour*, nº1, 2016.

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

MALDONADO MOLINA, J.A: " La protección de la dependencia en la Seguridad Social Comunitaria", *Noticias de la Unión Europea*, nº 319, 2011.

MALDONADO MOLINA, J.A: " La protección de los migrantes-dependientes", *Documentación Administrativa*, nº 276-277, 2006-2007.

MONEREO PÉREZ, J.L Y GONZÁLEZ DE PATTO, R.Mª: "La protección de la dependencia desde una perspectiva de género" en *Género y derechos fundamentales*, VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L Y MONEREO ATIENZA, C (Dir y Coord), Comares, Granada, 2010.

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

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

MONEREO PÉREZ, J.L.: "El modelo de protección social de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social", *Documentación Laboral*, nº 276-277, 2006.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 34, 2013.

MONEREO PÉREZ, J.L.: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 41, 2016.

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

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo Europeo*, Granada, Comares, 2009.

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

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

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia", en VV.AA., *Migrantes y Derecho*, Murcia, Laborum, 2007.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de Coordinación de regímenes de Seguridad Social", VV.AA., *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia, Laborum, 2010.

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

VON IHERING, R: *El fin en el Derecho, Estudio preliminar "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho" a cargo de Monereo Pérez, J.L.*, Granada, Comares, 2011.