

Los derechos sociales de los inmigrantes irregulares. Análisis comparativo de los ordenamientos Español y Alemán*

JANIRE MIMENTZA

Doctora del Instituto Max Planck de Derecho y Política Social (Múnich)

SUMARIO: 1. DERECHOS INHERENTES A LA POBLACIÓN INMIGRANTE EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD SOCIAL. 1.1. *Relación de la situación de vulnerabilidad de los inmigrantes irregulares con el principio de preferencia de mano de obra nacional.* 1.2. *La existencia de derechos inherentes de toda persona.* 1.2.1. *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el tratamiento de los inmigrantes irregulares en España.* 1.2.2. *Derecho a un mínimo vital en base a la sentencia «Hartz IV» del Tribunal Constitucional alemán.* 2. MARCO JURÍDICO ALEMÁN: GARANTÍA DE UN MÍNIMO VITAL («EXISTENZMINIMUM»). 2.1. *Prestaciones básicas y especiales.* 2.2. *Reducción de prestaciones sociales al grupo de inmigrantes beneficiarios del «Asylbewerberleistungsgesetz».* 3. MARCO JURÍDICO ESPAÑOL: GARANTÍA DE UN MÍNIMO DE DERECHOS SOCIALES A LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR. 3.1. *El derecho a la asistencia sanitaria para los inmigrantes irregulares.* 3.2. *El derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales de los inmigrantes irregulares.* 3.2.1. *Legislación estatal de la asistencia social en la Ley de Orgánica de Extranjería.* 3.2.2. *Generalidades sobre la legislación autonómica de la asistencia social.* 3.2.3. *Legislación autonómica de la asistencia social en la Comunidad Autónoma del País Vasco.* 3.2.4. *Datos comparados sobre la prestación de la Renta Mínima de Inserción.* 3.2.5. *¿Hay «efecto llamada» en el País Vasco?.* 4. INTERRELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS DE EXTRANJERÍA. 4.1. *Ordenamiento jurídico alemán: interrelación entre los derechos sociales y los de extranjería.* 4.1.1. *Transferencia de datos entre autoridades públicas.* 4.1.2. *Rechazo voluntario a los derechos por temor a la denuncia.* 4.1.3. *Soluciones prácticas de las organizaciones benéficas: acceso anónimo a la asistencia sanitaria.* 4.2. *Ordenamiento jurídico español: interrelación entre los derechos sociales y los de extranjería.* 4.2.1. *El padrón municipal como instrumento de integración.* 4.2.2. *Intransferibilidad de datos en-*

* Este trabajo es una breve reelaboración de parte de la tesis doctoral finalizada en noviembre de 2010 en el "Max Planck Institute for Social Law and Social Policy".

tre las diferentes administraciones públicas. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. RESUMEN. LABURPENNA. ÜBERSICHT. ABSTRACT. RÉSUMÉ.

«La condición de irregularidad legal no permite menoscabar la dignidad del emigrante [...]»

1. DERECHOS INHERENTES A LA POBLACIÓN INMIGRANTE EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD SOCIAL

1.1. RELACIÓN DE LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES CON EL PRINCIPIO DE PREFERENCIA DE MANO DE OBRA NACIONAL

En la actualidad, en las economías globalizadas, el ahorro de costes mediante la importación de mano de obra extranjera aparece como un elemento básico para la sostenibilidad de la competitividad de las empresas. Especialmente en épocas de bonanza económica ha aumentado la afluencia de inmigrantes extracomunitarios a Europa, donde, además, la eliminación de los controles fronterizos ha facilitado la libre circulación de productos y personas, de lo cual, en la práctica, también se benefician los inmigrantes irregulares¹.

En este contexto prima la idea de considerar la «fuerza de trabajo inmigrada» como una mercancía². Sin embargo, esta concepción puramente mercantilista, basada exclusivamente en intereses nacionales y mecanismos de mercado, no contempla aspectos humanos tan importantes como la garantía de la dignidad de las personas inmigrantes y su protección social³.

Así lo observó el escritor suizo *Max Frisch* en el año 1965: «[...] se ha llamado a mano de obra y han venido personas.»⁴ Esta cita hace

1. Vid. GEIGER, R., *Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht*, 2010, p. 262.

2. Vid. QUINTERO LIMA, M.G., «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a las prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales», en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Ed.), *La protección social de los extranjeros en España*, 2010, p. 221.

3. LÓPEZ LÓPEZ, J., «Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad», en *Derechos Laborales y de la Seguridad Social de los inmigrantes*, 2006, p. 23.

4. «[...] man hat Arbeitskräfte gerufen, und es sind Menschen gekommen». FRISCH, M., «Vorwort», en SEILER, A. J. (Ed.), *Siamo Italiani – Gespräche mit italienischen Arbeitern in der Schweiz*, Zurich 1965, p. 7.

referencia a la llegada de emigrantes del sur de Europa a Alemania en los años sesenta. En aquella época se les llamaba «trabajador huésped» («*Gastarbeiter*») en vez de «inmigrantes». El término hace referencia a que en Alemania los inmigrantes fueron tratados más bien como invitados temporales, ya que este país siempre negó su estatus como país de inmigración. Estos «huéspedes» que venían con permiso de trabajo llegaban sólo para trabajar y se contaba con el posterior regreso del inmigrante a su país de origen⁵. Esta política de extranjería impidió que se tomaran medidas para la integración de este grupo de población extranjera.

La práctica ha demostrado que los inmigrantes del sur de Europa (turcos, griegos e italianos), con la excepción de los españoles, no regresaron a su país, sino que se quedaron en Alemania. La política de inmigración alemana ha esperado hasta la tercera generación para admitir el asentamiento definitivo de estos grupos de población; se cometió un error al creer que se trataba de trabajadores huéspedes temporales. La lentitud en reconocer este cambio social, ha hecho que durante más de cuatro décadas subsistiera esta falsa idea poco acorde con la realidad migratoria del país.

Alemania ha tenido siempre una política muy rígida contra la inmigración ilegal. En esta política –a diferencia de España– no existen vías como las amnistías o el arraigo para legalizar su estatus, y no se acepta que personas indocumentadas lleguen al país a trabajar. Este grupo de personas es especialmente vulnerable, ya que, como la inclusión en el sistema alemán de Seguridad Social está basada en el trabajo por cuenta ajena, estos inmigrantes quedan excluidos de participar el Estado Social al estar al margen de la ley. Por lo tanto, se trata de un colectivo que se enfrenta a obstáculos jurídicos que le impiden disfrutar de los derechos de los que son titulares con la mismas condiciones que los nacionales.

Por ello, el inmigrante en situación irregular se encuentra en una situación social especialmente vulnerable, porque tanto las políticas de extranjería como el mercado de trabajo nacional se rigen por el criterio de preferencia de mano de obra nacional. Esta preferencia se legisla en las Leyes de Extranjería, en las que se exige permiso de trabajo a los

5. REINHARD, H.-J., «Asistencia sanitaria para inmigrantes ilegales en Alemania», en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Ed.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Murcia 2009, p. 176.

extranjeros. Mediante este requisito se obstaculiza el acceso del inmigrante extracomunitario al mercado laboral. La carencia de permiso de residencia y trabajo les origina un riesgo de pobreza, precariedad y desarraigo aun mayor que en otros grupos de la población. Precisamente, el trabajo constituye un elemento imprescindible para disponer de medios para sobrevivir en condiciones de dignidad y tener así acceso al disfrute de los derechos clásicos de carácter fundamental (derecho a la vida, derecho a la integridad física y moral, derecho a la libertad de conciencia, derecho al honor)⁶.

Estos trabajadores son especialmente vulnerables a la explotación y al abuso de los empresarios que los contratan en la economía sumergida con el objetivo de abaratar costes, lo que a su vez supone una competencia desleal frente al trabajador nacional. Esta situación se ve ahora agudizada por la crisis económica, que ha afectado especialmente a la construcción, sector económico en que normalmente trabajan los inmigrantes, con lo que se ha generado un aumento del desempleo entre la población extranjera⁷.

1.2. LA EXISTENCIA DE DERECHOS INHERENTES DE TODA PERSONA

Como al inmigrante indocumentado no se le permite trabajar legalmente, al tener que garantizar su subsistencia, no le queda otra opción que buscar otra alternativa para hacer frente a las necesidades cotidianas, que la de dedicarse a una actividad económica sumergida. En caso de que sea descubierto trabajando sin permiso, en teoría deberá de ser expulsado. Sin embargo, con frecuencia no es posible que el inmigrante abandone el país inmediatamente, porque puede que se desconozca el país de origen o que éste no acoja al expulsado, o falte infraestructura o personal para su expulsión⁸. En estos casos, el Estado Social alemán –al igual que en parte el español– prevé un mínimo de derechos sociales hasta que el inmigrante abandone el país.

Mientras que en Alemania estos derechos se regulan al amparo de la ley especial «Ley de Prestaciones no contributivas para los solicitantes de asilo y demás grupos de extranjeros con una estancia

6. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., «Derechos sociales y positivismo jurídico», en *Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, 1999.

7. ARARTEKO, «Actuaciones del Ararteko en defensa de los colectivos de atención pública. Personas inmigrantes», en *Informe del Ararteko al Parlamento Vasco*, 2010, p. 389.

8. REINHARD, H.-J., *op. cit.*, p. 178.

temporal en el país»⁹ («*Asylbewerberleistungsgesetz*», en adelante AsylbLG), en España estos derechos sociales se regulan directamente en la Ley de Extranjería¹⁰. En este contexto hay que destacar el importante papel que ha desarrollado –tanto en España como en Alemania– el Tribunal Constitucional para definir el estatus jurídico de los extranjeros.

1.2.1. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el tratamiento de los inmigrantes irregulares en España

El Art. 13.1 de la Carta Magna¹¹ en su capítulo dedicado a los españoles y extranjeros, dispone que los extranjeros «gozarán en España de las libertades públicas que garantizan [...] en los términos que establezcan los Tratados y la Ley». Sin embargo el precepto no ha sido lo suficientemente claro como para establecer el alcance del estatus jurídico de los extranjeros en el ordenamiento español. Lo que la Constitución deja absolutamente claro es que el principio de igualdad rige exclusivamente para los españoles (art. 14 CE), y no existe ninguna prescripción que extienda tal igualdad a los extranjeros.

En cambio, el Tribunal Constitucional ha desempeñado un papel fundamental a la hora de definir los derechos inherentes a la persona, incluyendo a los inmigrantes indocumentados. Mediante la conocida Sentencia 107/1984¹², fijó una triple clasificación para tratar el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, la cual orienta hasta ahora toda la ordenación jurídica de extranjería.

Así, establece que, respecto al estatuto de los extranjeros, el ordenamiento español debe reconocer «una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que

9. Bundesgesetzblatt (BGBl.) I, p. 1074. Nueva redacción y dado a conocer 5 de agosto de 1997 (BGBl. I p. 2022), última modificación art. 2e de la Ley de 24 de septiembre de 2008 (BGBl. I p. 1856, 1875).

10. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE nº 10 de 12 de enero de 2000, reformado por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000 (BOE nº 307 de 23 de diciembre de 2000), por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de 2003 (BOE nº 234 de 30 de septiembre de 2003), por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003 (BOE nº 279 de 21 de noviembre de 2003, Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre de 2009 (BOE nº 299 de 12 de diciembre de 2009).

11. Constitución Española. BOE núm 311, 29 de diciembre de 1978.

12. Vid. STC 107/1984, 23 de noviembre de 1984 Recurso nº 576/1983.

son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles.»¹³

En otras palabras, el fallo del Alto Tribunal establece que hay, en primer lugar, derechos que corresponden a todas las personas sin distinción de nacionalidad o situación administrativa de residencia. Son, los llamados derechos inherentes a la persona, fundamentales para la garantía de la dignidad de la persona.

En cambio, una segunda clasificación contiene los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros regulados en el art. 23 CE, que recogen del derecho a sufragio en elecciones nacionales.

Finalmente, la tercera clasificación establece que hay unos derechos que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio¹⁴. Los tratados y la ley pueden, por lo tanto, imponer determinadas exigencias previas. La sentencia concluyó que sobre este tipo de derechos, en los que se incluye el derecho al trabajo (art. 35 CE) y los derechos sociales, no existe tratado ni ley que establezca la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros. Por lo tanto, aunque la igualdad es uno de los valores superiores que constituye el Estado Social (art. 1.1 CE), se admite la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha ido ampliando el ámbito de los derechos descritos en la primera clasificación, los que se consideran garantía de la dignidad humana¹⁵.

13. *Vid.* nuevamente STC 107/1984, 23 de noviembre de 1984 Recurso nº 576/1983, FJ 3.

14. *Vid.* Sentencia TC 107/1984, 23 de noviembre de 1984 Recurso nº 576/1983, FJ 4.

15. Sentencias posteriores STC 113/1989, 20 de julio de 1989 Rec. nº 140/1989; STC 95/2003 22 de mayo de 2003. Rec. nº 1555/1996; STC 239/2002, 11 de diciembre de 2002 Rec. nº 1207/1999 y 1208/1999; STC 236/2007, 7 de noviembre de 2007 Rec. nº 1707/2001; STC 259/2007, 19 de diciembre de 2007 Rec. nº 1640/2001; STC 260/2007, 20 de diciembre de 2007 Rec. nº 1644/2001; STC 261/2007, 20 de diciembre de 2007 Rec. nº 1668/2001; STC 262/2007, 20 de diciembre de 2007 Rec. nº 1669/2001; STC 263/2007, 20 de diciembre de 2007 Rec. nº 1671/2001; STC 264/2007, 20 de diciembre de 2007 Rec. nº 1677/2001; STC 265/2007, 20 de diciembre de 2007 Rec. nº 1679/2001.

13. LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES...

Al igual que el derecho fundamental a la vida, la intimidad y la integridad física, reconoce el Tribunal que los derechos fundamentales de sindicación (art. 11 LOEX), asociación (art. 8 LOEX), reunión y manifestación (art. 7 LOEX), educación no obligatoria (art. 9.1 LOEX), tutela judicial efectiva y asistencia jurídica gratuita (arts. 20 y 22 LOEX) son derechos vinculados a la dignidad humana. Por lo tanto, el legislador ha regulado estos derechos ya en la Ley Orgánica de Extranjería, de tal forma que incluso los extranjeros en situación irregular pueden ejercer los derechos que les corresponden por el mero hecho de ser personas.

En cambio, los derechos sociales de los extranjeros se clasifican como «derechos de configuración legal» a los que pueden imponerse unas determinadas exigencias previas, como por ejemplo estar en posesión de un permiso de residencia.

1.2.2. Derecho a un mínimo vital en base a la sentencia «Hartz IV» del Tribunal Constitucional alemán

Recientemente, el Tribunal Constitucional alemán («*Bundesverfassungsgericht*») ha ido aun más allá con la sentencia del 9 de febrero de 2010 sobre la prestación no contributiva de desempleo y unidades familiares sin ingresos¹⁶ («*Grundsicherung für Arbeitsuchende*», conocida popularmente como «*Hartz IV*»). El Tribunal reconoce el derecho subjetivo de un mínimo vital («*Existenzminimum*») a toda persona que se encuentre ante un estado de necesidad. Desde 2010, el mínimo vital es un derecho constitucional exigible y se trata de una prestación comparable con la Renta Mínima de Inserción.

El Tribunal estima la inconstitucionalidad de la prestación no contributiva de desempleo existente, argumentando que el sistema de cálculo de la prestación no es transparente y la ayuda es insuficiente para garantizar una existencia mínima digna. Se critica el fundamento legal de la prestación por establecerse por medio de un sistema aleatorio, sin fundamento metódico, y además por no calcular las necesidades específicas de los hijos menores. Por lo tanto, se exige un cálculo transparente de la prestación, junto con el aumento y creación de nuevas prestaciones a los hijos menores. Se exige que los menores en edad esco-

16. Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 9 de febrero de 2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09.

lar (1,7 millones) no sufran desventajas como consecuencia de la situación de necesidad de sus progenitores.

La sentencia llevó al Gobierno alemán a redefinir los criterios de cálculo de la prestación para garantizar una existencia digna y el principio del Estado Social (art. 1.1 y art. 20.1 GG Constitución alemana¹⁷). Como resultado de esta sentencia, en febrero de 2011 se aumentó el importe de la prestación pecuniaria en cinco euros y añadieron vales de cultura y tiempo libre para los hijos menores de los 6,7 millones de beneficiarios de esta ayuda social.

Las prestaciones sociales para los extranjeros en situación irregular son igualmente prestaciones no contributivas que se garantizan a determinados grupos de inmigrantes en situaciones de estado de necesidad. Éstas están reguladas en la ley de los solicitantes de asilo y demás grupos de extranjeros con una estancia temporal en el país (AsylbLG) de 1993, que, en base a los mismos fundamentos jurídicos de la sentencia del «Hartz IV», fue declarado inconstitucional en julio de 2010 por el Tribunal Social de Nordrhein-Westfalen¹⁸. Por lo tanto, queda todavía pendiente que el Tribunal Constitucional estime este recurso.

Ante esta evolución, el Gobierno –sin esperar la decisión del Tribunal Constitucional– se adelantó a su sentencia y confirmó en noviembre de 2010 la inconstitucionalidad de esta Ley.

2. MARCO JURÍDICO ALEMÁN: GARANTÍA DE UN MÍNIMO VITAL («EXISTENZMINIMUM»)

Como ya se explicó anteriormente, las prestaciones sociales no contributivas para los solicitantes de asilo y demás grupos de extranjeros con una estancia temporal en el país se regulan en la Asylbewerberleistungsgesetz¹⁹ (AsylbLG), que es una ley especial que regula en exclusiva sus derechos sociales. La AsylbLG se compone de trece párrafos (§§1-13 AsylbLG), de los cuales el primero define el grupo de beneficiarios (§ 1 AsylbLG), entre los cuales se encuentran los extranjeros en situación irregular que no han podido ser expulsados (§ 1 párr. 1 n° 4 AsylbLG,

17. Grundgesetz. BGBl. 1949, p. 1, 23 de mayo de 1949.

18. Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (LSG NRW), Res. 26 de julio de 2010, Az. L 20 AY 13/09.

19. Bundesgesetzblatt (BGBl.) I, p. 1074. Nueva redacción y dado a conocer 5 de agosto de 1997 (BGBl. I p. 2022), última modificación art. 2e de la Ley de 24 de septiembre de 2008 (BGBl. I p. 1856, 1875).

a los que se como los «tolerados» bajo la figura de «*Duldung*») también a los que se debería de expulsar (§ 1 párr. 1 n° 5 AsylbLG) y sus familiares (§ 1 párr. 1 n° 6 AsylbLG).

Aunque las tres categorías de inmigrantes siguen estando en una situación administrativa irregular, sólo la segunda (§ 1 párr. 1 n° 5 AsylbLG) es sancionable por las autoridades. La situación de ilegalidad de un inmigrante «tolerado» (§ 1 párr. 1 n° 4 AsylbLG, conocido como «*Duldung*» regulado en el § 60a Ley de Extranjería²⁰), sin embargo, no puede ser sancionada y, al quedar registrada por las autoridades públicas, deja de ser anónima.

El § 9 AsylbLG delimita la relación del AsylbLG con otras leyes y excluye a sus beneficiarios de todas las prestaciones de la Ley General de la Seguridad Social («*Sozialgesetzbuch*»²¹, en adelante SGB).

2.1. PRESTACIONES BÁSICAS Y ESPECIALES

El § 3 AsylbLG regula cuáles son las prestaciones básicas siguiendo el principio de conceder las prestaciones en especie. La prestación en especie se compone de paquetes de alimentos, alojamiento en centros de acogida, calefacción, ropa, paquetes de productos de higiene y cosméticos. Es destacable que la libre circulación de las personas residentes en los centros de acogida queda limitada a un radio de distancia determinado por la legislación de la región («*Bundesland*») correspondiente. La salida de la ciudad o de la zona libre de circulación estará supeditada a la concesión de una autorización administrativa.

Al quedar excluidos de todas las prestaciones de la Ley General de la Seguridad Social, entre ellas también de la Ley de la Sanidad²², y además de –a diferencia de España– no existir un servicio nacional general de salud²³, el § 4 AsylbLG prevé prestaciones de enfermedad en caso de emergencia, embarazo y parto. El § 6 AsylbLG regula otras prestaciones para casos especiales, como gafas, silla de ruedas, etc.

20. Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG). BGBl. I p. 1950, 30 de julio de 2004.

21. Para ver los doce libros de la Ley General de la Seguridad Social en Alemania (SGB I-SGB XII): <http://www.sozialgesetzbuch-sgb.de> (Fecha: 20 de octubre de 2010).

22. Quinto libro de la Ley General de la Seguridad Social («*Sozialgesetzbuch V*») –Sanidad Pública– (Artículo 1 de la Ley del 20 de diciembre de 1988, BGBl. I p. 2477), modificado por última vez por el art. 9 de la Ley del 28 de abril 2011 (BGBl. I p. 687).

23. Vid. más sobre la existencia de tres modelos ideales de régimen de bienestar, en ESPING-ANDERSEN, G., *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, 1990.

2.2. REDUCCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES AL GRUPO DE INMIGRANTES BENEFICIARIOS DEL «ASYLBWERBERLEISTUNGSGESETZ»

La ya mencionada prestación social no contributiva del «*Asylbewerberleistungsgesetz*» prevé un 30% menos de prestaciones que la prestación social no contributiva de la Ley General de la Seguridad Social (regulada en el SGB II). Mientras esta última prestación económica garantiza 364 € mensuales más el alquiler, la primera prevé un valor de prestaciones en especie –que no ha sido adaptado a la subida del coste de la vida desde 1993– de 184,07 € más 40,90 € de dinero en efectivo.

Solamente cuando el inmigrante pueda demostrar un cierto grado de «arraigo» o necesidad de ser integrado, mostrando que ha sido beneficiario de prestaciones del AsylbLG durante un periodo mínimo de cuatro años, podrá entonces –al amparo del § 2 AsylbLG– beneficiarse de las prestaciones al mismo nivel que los nacionales o extranjeros en situación regular. Es decir, al mismo nivel de la Ley General de la Seguridad Social (SGB II).

A esto hay que añadir que el § 1a AsylbLG prevé una reducción de las prestaciones (que ya de por sí son bajas) a lo absolutamente necesario para las personas reguladas bajo §§ 1 párr. 1 n° 4 y n° 5 AsylbLG, para el caso de que no cooperen con las autoridades en aclarar su situación de residencia, por ejemplo, con la aportación de papeles o documentación a las autoridades. Principalmente hay dos razones por las que se reducen las prestaciones del AsylbLG:

- a) Por un lado, las prestaciones se reducen debido al miedo a que un nivel alto de prestaciones pueda tener un «efecto llamada» y atraer a más inmigrantes irregulares en base a la discutida teoría del «*Welfare Magnet Thesis*»²⁴. Según esta tesis, la existencia de un Estado Social generoso en prestaciones sociales en el país de acogida causa un efecto llamada para los inmigrantes.
- b) Por otro lado, como supuestamente el grupo de beneficiarios de la Ley AsylbLG no tiene necesidad de integrarse en la sociedad por su supuesta corta estancia en el país, se les conceden menos prestaciones que a los que se considera «integrables» en base al § 2 AsylbLG.

24. GRASER, A., *Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt?*, 2001, p. 27-28; BORJAS, G. J., «Immigration and Welfare Magnets», en *Journal of Labour Economics*, 1999, p. 607 y ss.; PETERSON, P. E./ROM, M. C., *Welfare Magnets. A new case for a national Standard*, 1990, p. 26.

13. LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES...

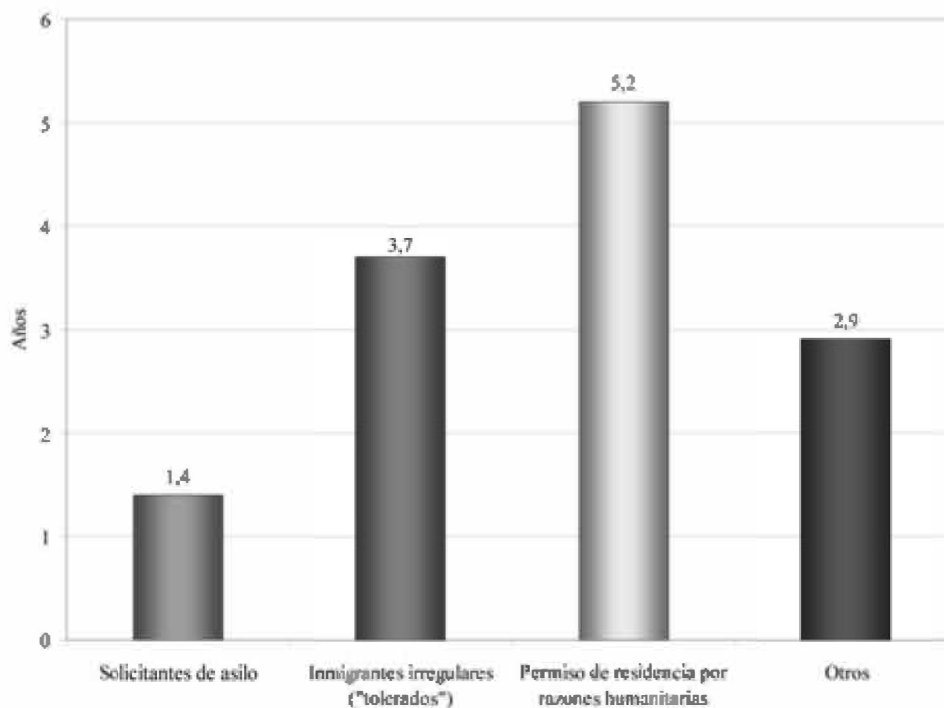


Gráfico 1: Tiempo de internamiento en los alojamientos de acogida (con la autorización de Ministerio Bávaro del orden Laboral y Social, Familia y la Mujer), audiencia sobre el tema «Transposición del AsylbLG en Baviera», Protocolo de 23 de abril 2009, Parlamento Autónomo, Periodo electoral 16.

La práctica, sin embargo, demuestra que en Baviera –conocida por tener las normas más estrictas y las condiciones de acceso a las prestaciones del AsylbLG más duras del país– la media de tiempo que viven estos inmigrantes en los centros de internamiento supera el año previsto, llegando a alcanzar una media de más de tres años para los «tolerados». Es un límite de tiempo que excede con creces el tiempo máximo de un año que establecía la Ley en su primera redacción para la garantía de la dignidad de la persona, con lo que la justificación para la reducción de las prestaciones pierde su fundamento jurídico.

Las sospechas de la inconstitucionalidad de la Ley de prestaciones sociales de los solicitantes de asilo (AsylbLG) existen desde sus orígenes, en el año 1993. Ahora con los novedosos fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional en la importante sentencia²⁵ «Hartz IV» se podrá

25. Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 9 de febrero de 2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09.

estimar su inconstitucionalidad, en base al ya mencionado recurso (todavía pendiente de resolución), presentado por el Tribunal social del estado de Nordrhein-Westfalen²⁶.

3. MARCO JURÍDICO ESPAÑOL: GARANTÍA DE UN MÍNIMO DE DERECHOS SOCIALES A LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

Al contrario que en Alemania, en el ordenamiento jurídico español no encontramos una ley especial para definir los derechos sociales del grupo de extranjeros en situación irregular, sino que éstos se regulan directamente en la Ley Orgánica de Extranjería 2/2009, de 11 de diciembre, que reforma la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX)²⁷.

Concretamente, la LOEX, en su primer capítulo dedicado a los derechos y libertades de los extranjeros, regula en los artículos nueve al catorce los derechos para la protección social de los extranjeros en España: Derecho a la educación (art. 9 LOEX), derecho al Trabajo y a la Seguridad Social (art. 10 LOEX), derecho a la asistencia sanitaria (art. 12 LOEX), derechos en materia de vivienda (art. 13 LOEX), y el derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales (art. 14 LOEX).

Todos estos derechos de configuración legal se rigen por dos principios rectores de la política social y económica de la Carta Magna, según los cuales «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» (art. 41 CE) y «reconoce el derecho a la salud» al mismo tiempo que plasma la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE).

El presente trabajo se centrará únicamente en estudiar el derecho a

26. LSG NRW, Res. 26 de julio de 2010, Az. L 20 AY 13/09.

27. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE n° 10 de 12 de enero de 2000, reformado por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000 (BOE n° 307 de 23 de diciembre de 2000), por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de 2003 (BOE n° 234 de 30 de septiembre de 2003), por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003 (BOE n° 279 de 21 de noviembre de 2003, Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre de 2009 (BOE n° 299 de 12 de diciembre de 2009).

la sanidad y el derecho a la asistencia social y los servicios sociales, porque se trata de unos derechos no vinculados a la condición de trabajador²⁸. Son derechos que se conceden en casos de necesidad independientemente de si se ha cotizado o no, condición que normalmente no ostentan los inmigrantes en situación irregular por no disponer de permiso de trabajo²⁹.

3.1. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA PARA LOS INMIGRANTES IRREGULARES

El marco legal del derecho a la asistencia sanitaria está recogido en el art. 12 de la Ley Orgánica 2/2009, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX). Esta Ley Orgánica reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros mayores de edad inscritos en el padrón municipal donde residan habitualmente, con independencia de su situación administrativa (art. 2.1 LOEX). La inscripción en el padrón es necesaria para acceder al sistema público de asistencia sanitaria y a los servicios sociales, a la vez que permite demostrar cuánto tiempo se lleva en el Estado español. Esto es muy importante en la tramitación y obtención del permiso de residencia y trabajo. Al finalizar la tramitación con la asignación del número de la Seguridad Social, se procederá a expedir la tarjeta sanitaria individual. La obtención de la tarjeta en las mismas condiciones que los nacionales constituye una garantía de igualdad de todos los usuarios ante los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud.

Independientemente de si se encuentran empadronados en el ayuntamiento del municipio, tendrán también derecho a la asistencia sanitaria los extranjeros menores de edad³⁰ (art. 12.3 LOEX) y las extranjeras embarazadas durante el embarazo, parto y posparto (art. 12.4 LOEX), sin más condición de que se encuentren en España. En los dos casos la atención sanitaria se garantiza en las mismas condiciones que a los españoles, ya que este servicio en la red pública del sistema nacional de salud es igual para todos. La edad de los menores no acompañados se

28. Para conocer más acerca de los derechos como condición de trabajador *vid.* MORENO PUEYO, Manuel José, «Extranjeros Inmigrantes y Seguridad Social Española», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, pp. 143 y ss.

29. *Vid.* TREJO CHACÓN, M. F., «La asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular», en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, 2009, p. 249.

30. Respecto a las diferentes supuestas en las que se pueden encontrar los menores y la determinación de la minoría de edad, *vid.* TREJO CHACÓN, M. F., *op. cit.*, pp. 258-264.

determinará según lo establecido en el art. 35.3 LOEX, según el cual «en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.»

Según el art. 12.2 LOEX, el extranjero no contemplado en las anteriores circunstancias, independientemente de su situación administrativa, tiene derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, hasta su alta médica. Respecto a la asistencia sanitaria pública de urgencia se debe de aclarar que «el concepto de asistencia sanitaria urgente al que todos los extranjeros tienen derecho, habría que caracterizarlo como la necesidad de recibir asistencia en los casos de enfermedad en fase aguda o accidente que no admite demora»³¹.

Tanto los cuatro apartados de este articulado, como el acceso a la sanidad en las mismas condiciones que los españoles son una clara manifestación de la universalización de la prestación de asistencia sanitaria en España, que se desprende por un lado de la redacción del art. 3.2 de la Ley General de la Sanidad³² (en adelante LGS), que tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), el cual es un principio rector de la política social y económica. Según el art. 3.2. LGS, la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población en igualdad de condiciones. Se incluyen también las personas que estén en una situación de necesidad que, por estar desempleadas, no cotizan al Régimen General de la Seguridad Social.

Por otro lado, el art. 3.1.a de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, describe la universalización de la sanidad en cuanto determina que «son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el art. 12 de

31. SAURA SUCÁR, M., «La prestación de asistencia sanitaria de la seguridad social a los extranjeros», en *Revista Electrónica de geografía y ciencias sociales*, nº 94, 2001, p. 7.

32. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE nº 102 de 29 de abril.

la Ley Orgánica de Extranjería». Por lo tanto, España no necesita hacer ninguna modificación respecto a la Resolución sobre la reducción de las desigualdades en salud en la UE³³. Esta resolución insta a los Estados miembros a que garanticen que los grupos más vulnerables, incluidas las personas migrantes en situación irregular, tengan un acceso equitativo a la atención sanitaria en igualdad de condiciones que la población autóctona. El art. 12 LOEX respeta la resolución en cuanto que los extranjeros tienen derecho a la sanidad en igualdad de condiciones y mismas vías de acceso que los españoles.

3.2. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y A LOS SERVICIOS SOCIALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES

3.2.1. Legislación estatal de la asistencia social en la Ley de Orgánica de Extranjería

El marco legal del derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales de los extranjeros está regulado en el art. 14 LOEX. Este precepto diferencia entre los extranjeros residentes y los extranjeros en general sin tener la cuenta su situación administrativa.

Por un lado, los arts. 14.1 y 14.2 LOEX están dedicados a los extranjeros residentes legales, estableciendo que tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social y 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.

Por otro lado, el art. 14.3 LOEX añade que todos los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. Esto significa que los inmigrantes irregulares tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas; sin embargo, quedan excluidos tanto de las prestaciones y servicios de la Seguridad Social (art. 14.1 LOEX) como de las prestaciones sociales generales (art. 14.2 LOEX), ya que para estos es necesario acreditar la residencia legal. Como este grupo de extranjeros se caracteriza precisamente por su situación administrativa irregular, no puede en ningún caso cumplir con este requisito.

La exigencia de este requisito queda confirmado con el art. 7.5 de

33. Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2011, sobre la reducción de las desigualdades en salud en la UE (2010/2089 (INI)).

Ley General de la Seguridad Social³⁴ (en adelante LGSS). Este precepto extiende al campo de aplicación de las prestaciones de modalidad no contributivas a los extranjeros, derecho que en sus orígenes (art. 7.3 LGSS) se limitaba exclusivamente a los españoles.

El hecho de que se deje participar a todos en el Estado de Bienestar, mediante un mínimo de prestaciones mediante los servicios y prestaciones sociales básicas, se puede entender como una respuesta al principio rector de la política social y económica española (art. 41 CE), por el que los poderes públicos están obligados a mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

Sin embargo, el precepto no define cuáles son los derechos servicios y prestaciones sociales básicas que corresponden a todos los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa, incluidos los inmigrantes irregulares. Por tanto, queda por aclarar qué es una prestación social básica, según se hace referencia en el art.14.3 LOEX. Es de destacar que la Ley Orgánica de Extranjería 2/2009 y la Ley General de la Seguridad Social no delimitan ni definen este concepto, sino que se debe recurrir a las leyes de cada Comunidad Autónoma. Así lo prevé la Constitución en su art. 148.1.20 CE, en la que establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materias relativas a la asistencia social.

3.2.2. Generalidades sobre la legislación autonómica de la asistencia social

La Sentencia del Tribunal Constitucional 146/1986 define la asistencia social como una parte de los Servicios Sociales, que son un conjunto de medidas y actuaciones protectoras de carácter colectivo, externas al sistema de Seguridad Social³⁵. Se trata de una competencia que está en manos de las Comunidades Autónomas. Según el art. 1.1 CE, España propugna como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico el pluralismo político. Por ello, la organización territorial del Estado se divide en Comunidades Autónomas, provincias y municipios (Art.

34. 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, BOE nº 154, de 29 de junio de 1994.

35. La STC 146/1986, de 25 de noviembre de 1986, FJ 2, da una definición abstracta del concepto «asistencia social» y la describe como medidas de protección que se sitúan fuera de la Seguridad Social (como se establece también en la Carta Social Europea de 1961).

137 CE), que disfrutaban de autonomía en pos de sus intereses. Para ello, las Comunidades Autónomas pueden adquirir competencias en el campo de la asistencia social.

Dentro del contexto descentralizado del sistema de organización del Estado español, las políticas de integración de las diferentes Comunidades son muy heterogéneas y crean una imagen muy irregular de la asistencia social en el país³⁶.

Asimismo, no existe una definición única de la asistencia social; más bien conviven términos diferentes y confusos de las diversas Comunidades Autónomas como por ejemplo: «asistencia y bienestar social», «asistencia social y servicios sociales», «asistencia social» y como «acción social»³⁷. La falta de uniformidad del término, al igual que su diferente contenido, dificulta entender la situación legislativa en este ámbito³⁸. Esto proporciona a las Comunidades Autónomas un amplio campo de interpretación de las leyes³⁹. Al contrario que en Alemania, el legislador español no ha redactado una legislación específica para regular con exclusividad las prestaciones de la asistencia social. El presente trabajo de investigación utiliza el término «asistencia social»⁴⁰, por ser el concepto que establece la Constitución (art. 148. 1 n° 20 CE).

Tanto los diferentes puntos de vista políticos como las diferentes capacidades de las regiones se reflejan en los niveles de las prestaciones sociales⁴¹. Hay regiones en España más ricas que otras (por ejemplo, la Comunidad Autónoma del País Vasco, Navarra, Cataluña, las Islas Baleares y Madrid), las cuales pueden ofrecer una mayor protección que otras más débiles económicamente (como es el caso de Murcia). Los requisitos para el acceso a estas prestaciones y servicios sociales varían en función de la Comunidad Autónoma que las concedan.

En consecuencia, se observan importantes diferencias regionales, tanto en la cantidad y la calidad de los servicios y prestaciones sociales como en su gestión, lo cual ha sido causa de tensiones. Estas diferencias, sin embargo, son aceptadas.

36. BLASCO RASERO, C., «La protección de los extranjeros por los sistemas autonómicos de Servicios Sociales», en GONZÁLEZ ORTEGA, S., (Ed.), *La protección social de los extranjeros en España*, 2010, p. 364.

37. GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La protección social de los trabajadores extranjeros*, 2006, p. 190; ADOLPH, H., *Entwicklung zum modernen Sozialstaat in Spanien. Regionale sozialstaatliche Entwicklung am Beispiel der autonomen Gemeinschaft des Baskenlandes*, 1997, p. 58.

38. BLASCO RASERO, C., *op. cit.*, p. 365.

39. ADOLPH, H., *op. cit.*, p. 58.

40. *Vid.* también la sentencia STC 146/1986, v. 25 de noviembre de 1986.

41. BLASCO RASERO, C., *op. cit.*, p. 375.

Según el art. 2.1 CE, las Comunidades Autónomas están obligadas a respetar la Constitución y el ordenamiento jurídico⁴². Es decir, deben seguir y cumplir con los objetivos del principio del Estado Social. Sin embargo, todas tienen en común que entienden la prioridad de la necesidad de una protección social ante los estados de necesidad⁴³. Para la consecución de este objetivo, se crean las Rentas Mínimas de Inserción (RMI). Junto con éstas, existen otras ayudas sociales que persiguen la integración de la persona, como las Ayudas de Emergencia Social (AES) y las Ayudas de Inserción (AI).

3.2.3. Legislación autonómica de la asistencia social en la Comunidad Autónoma del País Vasco

Como ya se ha visto, la definición de prestación social básica depende de la Comunidad Autónoma en la que tenga fijada su residencia habitual el inmigrante irregular, es decir, la comunidad en la que esté empadronado⁴⁴. Como el estudio de la legislación de las diecisiete Comunidades Autónomas excede del objetivo de este artículo, este trabajo de investigación se centra en el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que se caracteriza por ser la Comunidad pionera en el campo de la asistencia social dentro del Estado⁴⁵. Fue la primera que introdujo la ayuda social de la Renta Mínima de Inserción siguiendo el modelo de Estado de Bienestar francés («*Revenue minimum d'insertion*»⁴⁶). Posteriormente, las demás Comunidades la siguieron en menor o mayor medida a pesar de las reticencias existentes contra esta prestación.

42. Art. 2 CE: La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

43. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad ciudadanía», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, p. 266.

44. El art. 6 de la Ley 10/2000, de la Carta de Derechos Sociales del País Vasco, establece el padrón municipal como requisito para acceder a la Renta básica.

45. PISARELLO, G., «La efectividad del Derecho Social a la vivienda digna y adecuada», en *La actualidad de los derechos Sociales*, 2008, p. 66; LARROQUE, J., «La actuación gubernamental: PVI 2003-2005, instrumento básico de la política de inmigración», en AJA FERNÁNDEZ, E., *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*, 2006, p. 446; APARICIO, R./TORNOS, A., «Towards an Analysis of Spanish Integration policy», en HECKMANN, F./SCHNAPPER, D. (Eds.) *The Integration of Immigrants in European Societies, National Differences and Trends of Convergence*, 2003, p. 250.

46. Ley 88/1088 Revenue Minimum d'Insertion de 1 de diciembre de 1988, después modificado por la Ley 92/722 de 22 de julio de 1992 y la Ley 2003/1200 de 18 de diciembre de 2003. *Vid.* GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, p. 206.

Esta evolución social sirve como ejemplo a seguir para otras Comunidades. El País Vasco disfruta como consecuencia de sus estructuras históricas una condición especial en España; su propio sistema fiscal hace posible la universalización de las prestaciones sociales reflejado en el art. 2 de Ley General de la Seguridad Social⁴⁷. Como dispone de más presupuestos propios, puede conceder más prestaciones sociales que otras regiones⁴⁸.

Además, el País Vasco es la región del Estado que probablemente sufra una mayor disminución en la fuerza de trabajo en los próximos años. Según un informe de la oficina de estadística de la UE (Eurostat), la disponibilidad de mano de obra en la Comunidad Autónoma del País Vasco bajará un 21,4% entre el 2010-2025⁴⁹. En relación a esta evolución demográfica, el gobierno fijó el objetivo de conseguir una «normalización» de la inmigración. En esta línea, el legislador autonómico no ha creado leyes especiales sobre los derechos sociales de los extranjeros –como es el caso en el ordenamiento jurídico alemán, con la creación de la ley especial sobre las prestaciones sociales AsylbLG– sino siguiendo la idea de la «ciudadanía inclusiva» ha integrado de los extranjeros, incluyendo a los que están en situación irregular, en las leyes existentes⁵⁰.

En el caso del País Vasco las ayudas responden al «Plan Integral de Lucha contra la Pobreza en el País Vasco» (1989) y el «II Plan Interinstitucional de Inclusión Social» (2007-2009). En la Ley 12/1998 Contra la Exclusión Social⁵¹, la necesidad no se caracterizaba exclusivamente por la escasez de ingresos, sino por la imposibilidad o falta de capacidad a la hora del acceso a los derechos sociales. Por ello, el Gobierno Vasco quiso facilitar y promover el acceso al derecho a la educación, el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda. La Ley destacaba –siguiendo propuestas y ejemplos europeos– el papel del trabajo como elemento principal para la integración de la persona en la sociedad, ya que la discriminación ocurre cuando la persona no participa en el proceso productivo. El hecho de no participar en el mercado laboral lleva a que el individuo quede al margen de la sociedad y sufra consecuencias negativas a la

47. ADOLPH, H., *op. cit.*, p. 63.

48. LARROQUE, J., *op. cit.*, p. 446.

49. http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-AP-01-041/EN/KS-AP-01-041-EN.PDF (The Evaluation of Regional Population Projections for the European Union (3/2001/E/nº 9). (Fecha: 20 de octubre de 2010).

Vid. MALGESINI, G., «Migraciones, sanidad y salud», en CLAVIJO, C./AGUIRRE, M., (Eds.), *Políticas Sociales y Estado de Bienestar en España: Las migraciones*, 2002, p. 26.

50. LARROQUE, J., *op. cit.*, p. 446.

51. BOPV nº 105, de 8 de junio de 1998.

hora del acceso a los derechos sociales⁵². El trabajo posibilita el acceso a los derechos y obligaciones en la sociedad. El derecho al trabajo es una condición indispensable para disfrutar de la ciudadanía total.

El desarrollo de la sociedad en el País Vasco muestra ahora otro tipo de perfil de pobreza caracterizado por tres tipos de grupos de personas: el inmigrante, familias monoparentales y jóvenes con trabajos eventuales en precarias condiciones. El legislador introdujo en el año 2009 una reforma de ley para dar respuesta a los nuevos retos de la sociedad, mediante la Ley 18/2008, para la garantía de Ingresos y para la Inclusión Social (LGIIS)⁵³. Esta ley prevé tanto unos ingresos como la integración social. Los preceptos generales están regulados en los art. 1-10 LGIIS.

El Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión Social estará integrado por dos componentes esenciales (art. 5 LGIIS), que son, por un lado, las prestaciones económicas y por otro los instrumentos orientados a la inclusión social y laboral. Así las prestaciones económicas serán dos (art. 6.2. LGIIS): a) La renta básica para la inclusión y protección social y b) La renta complementaria de ingresos de trabajo. Además, hay otras ayudas económicas (art. 6.3. LGIIS), que incluyen las ayudas de emergencia social, destinadas a aquellas personas cuyos recursos resulten insuficientes para hacer frente a gastos específicos necesarios para paliar situaciones de exclusión social.

El art. 3 LGIIS establece que la prestación se garantiza en base al principio de la universalidad (art. 3. c LGIIS) y la solidaridad (art. 3. e LGIIS).

3.2.4. Datos comparados sobre la prestación de la Renta Mínima de Inserción

Los siguientes datos estadísticos aportados por la Dirección General de Política Social, de las Familias y de la Infancia, recogen los datos comparados sobre las Rentas Mínimas de Inserción concedidas por las Comunidades Autónomas del Estado en el primer semestre de 2009.

Los datos de la primera tabla muestran que el País Vasco no es solo la región que mayor inversión realiza en la concesión de esta ayuda (también llamada Renta Básica), sino que destaca además por el elevado número de beneficiarios del Estado. Es decir, la primera tabla muestra

52. Exposición de motivos de la Ley 12/1998 contra la Exclusión Social, BOPV n° 105, de 8 de junio de 1998.

53. Ley 18/2008 para la garantía de Ingresos y para la Inclusión Social BOPV. n° 250, de 31 de diciembre de 2008.

13. LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES...

que, mientras la media estatal de la prestación de Renta Mínima de Inserción es de 404,42 € –tan solo cubre el 64,81% del oficial Salario Mínimo Interprofesional legal–, el País Vasco concede la mayor cuantía de prestación de 640,64 € , que queda al 102,67% en relación al Salario Mínimo Interprofesional. En el otro extremo se encuentra la Comunidad Autónoma de Murcia, que concede tan solo 300 € de ayuda, lo cual cubre tan solo el 48,08% del Salario Mínimo Interprofesional.

Renta Mínima de Inserción	Prestación	% SMI
Andalucía	383,33 €	61,43%
Aragón	424,00 €	67,95%
Asturias	432,09 €	69,25%
Islas Baleares	392,38 €	62,88%
País Vasco	640,64 €	102,67%
Ceuta	270,00 €	43,27%
Extremadura	395,43 €	63,37%
Galicia	395,43 €	63,37%
Islas Canarias	467,49 €	74,92%
Cantabria	421,79 €	67,59%
Castilla la Mancha	369,07 €	59,15%
Castilla y León	395,43 €	63,37%
Cataluña	410,02 €	65,71%
La Rioja	361,83 €	57,99%
Madrid	370,00 €	59,29%
Melilla	312,00 €	50,00%
Murcia	300,00 €	48,08%
Navarra	561,60 €	90,00%
Valencia	381,37 €	61,12%
Total	404,42 €	64,81%

Tabla 1: Importes máximos y mínimos de la Renta Mínima de Inserción por Comunidad Autónoma, 2009.

Por otro lado, la segunda tabla con datos recogidos por la Dirección General de Política Social, de las Familias y de la Infancia del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, muestra el número de beneficiarios de la ayuda Renta Mínima de Inserción por Comunidades Autónomas, en la que el País Vasco supera con diferencia a las demás. Destaca en cuanto muestra 44.465 beneficiarios, frente al total del Estado de 115.803. Si contamos el total de personas que viven en una unidad convivencial con el beneficiario, el número asciende a 93.377 del total del

Estado (312.050). Respecto a los gastos en relación a la prestación, 122.100.000,00 € del total del gasto Estatal, estimado en 303.614.096,68 €, corresponden al País Vasco. Es decir, el 40% del gasto en la ayuda de la Renta Mínima de Inserción en el Estado se realiza en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Comunidad Autónoma	Número de Beneficiarios	Número de Beneficiarios (Total)	Gastos totales 2009
Andalucía	15.316	60.804	40.270.000,00 €
Aragón	867	2.928	1.602.278,33 €
Asturias	6.873	14.846	14.335.376,52 €
Islas Baleares	1.347	2.750	2.307.705,59 €
País Vasco	44.465	93.377	122.100.000,00 €
Ceuta	47	140	40.400,42 €
Extremadura	838	2.808	1.260.000,00 €
Galicia	4.527	9.066	10.288.887,59 €
Islas Canarias	1.908	3.769	11.815.480,31 €
Cantabria	1.470	3.049	2.900.000,00 €
Castilla la Mancha	470	1.236	930.000,00 €
Castilla y León	2.789	6.795	6.550.000,00 €
Cataluña	18.126	61.803	48.235.431,76 €
La Rioja	533	533	681.474,03 €
Madrid	10.127	28.639	22.979.649,52 €
Melilla	210	725	282.640,69 €
Murcia	378	1.270	502.233,00 €
Navarra	4.116	13.620	13.177.024,92 €
Valencia	1.396	3.892	3.355.514,00 €
Total	115.803	312.050	303.614.096,68 €

Tabla 2: Número de beneficiarios y gasto de la Renta Mínima de Inserción primer semestre 2009.

La tercera tabla muestra el número de beneficiarios en relación a la población empadronada en cada Comunidad Autónoma. Se observa que el País Vasco, con un porcentaje de población del 4,6% relativamente bajo (2.157.112 millones) en relación al Estado (46.080.433 millones), concede la prestación de la Renta Básica a 123.093 personas, lo cual supone el 35% de todos los beneficiarios del Estado.

Estos datos estadísticos, junto con el tradicional papel pionero en el campo de las políticas sociales, hacen que tomemos al País Vasco como ejemplo de estudio de las ayudas sociales en el Estado Español.

13. LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES...

Comunidad Autónoma	Número de Beneficiarios	Número de Beneficiarios (Total)	Población («padrón») 2008
Andalucía	18.392	71.780	8.202.220
Aragón	911	2.131	1.326.918
Asturias	6.575	14.051	1.080.138
Islas Baleares	1.181	3.527	1.072.844
País Vasco	39.715	123.093	2.157.112
Ceuta			
Extremadura	1.105	3.820	1.097.744
Galicia	5.793	12.011	2.784.169
Islas Canarias	1.840	3.983	2.075.968
Cantabria	1.130	2.425	582.138
Castilla la Mancha	430	1.123	2.043.100
Castilla y León	2.235	5.552	2.557.330
Cataluña	13.703	31.691	7.364.078
La Rioja	368	368	317.501
Madrid	10.445	29.228	6.271.638
Melilla	312	1.660	71.448
Murcia	369	1.236	1.426.109
Navarra	3.144	10.218	620.337
Valencia	6.609	33.660	5.029.601
Total	114.257	351.557	46.080.433

Tabla 3: Número de beneficiarios de la Renta Mínima de Inserción en relación a los empadronados en las Comunidades Autónomas 2008⁵⁴.

3.2.5. ¿Hay «efecto llamada» en el País Vasco?

En el apartado anterior no sólo se han mostrado datos estadísticos sobre la generosa garantía de una Renta Básica a ciudadanos empadronados en el País Vasco (incluyendo a los inmigrantes irregulares), sino que en esta región se concede el importe económico más alto y que, llega a un mayor número de beneficiarios del Estado. El País Vasco destaca por ser la Comunidad Autónoma con mayor gasto en esta prestación.

Por lo tanto, llegado a este punto del presente trabajo, siguiendo la teoría del «*Welfare Magnet Thesis*»⁵⁵, y conociendo el respeto existente el

54. Dirección General de Política Social, de las Familias y de la Infancia, donde se recogen los datos aportados por todas las CC AA. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. La legislación de La Rioja prevé dos prestaciones: «Ingreso Mínimo de Inserción» (IMI) y «Ayudas de Inclusión Social» (AIS). La ciudad de Melilla también tiene dos prestaciones: «Ingreso Melillense de Integración» y la «Prestación Básica Familiar».

55. GRASER, A., *op. cit.*, p. 27-28; BORJAS, G., *op. cit.*, p. 607 y ss.; PETERSON, P.E./ROM, M. C., *op. cit.*, p. 26.

Alemania al fenómeno del efecto llamada, se llega a plantear la cuestión de si ¿ha habido un efecto llamada al País Vasco?

Para responder a esta pregunta, en el siguiente gráfico se han comparado datos del Instituto Nacional de Estadística de la población extranjera existente en las Comunidades Autónomas de Madrid y del País Vasco con la media Estatal. Los datos muestran que en el año 2009 la tasa de extranjeros empadronados en el País Vasco (6,1%) es mucho menor que la media Estatal (12%) y la de la Comunidad de Madrid, que es una de las más altas del país (16,7%).

Aunque de 1998 hasta 2009 se ha habido un incremento de población extranjera (del 0,7% al 6,1%) en el País Vasco, esta ha sido mucho menor que en otras Comunidades Autónomas⁵⁶.

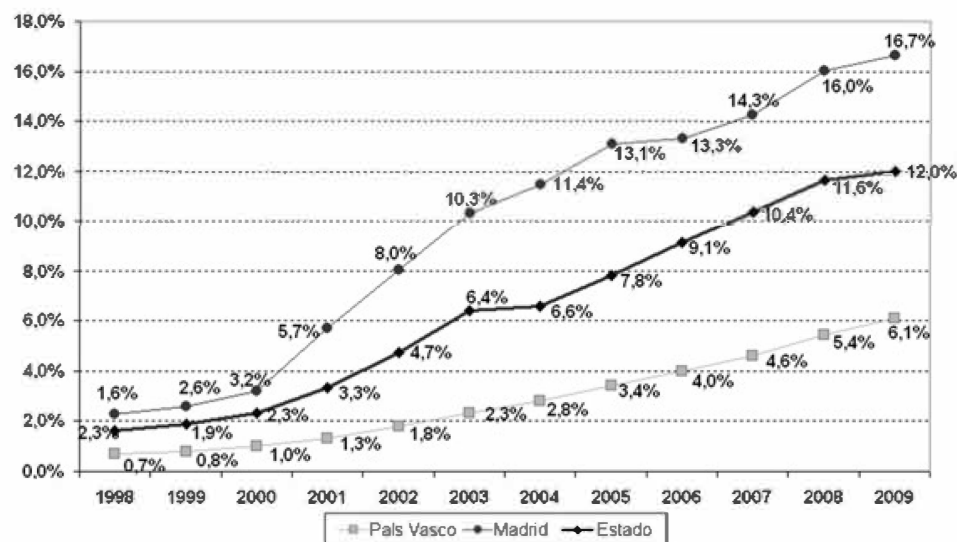


Gráfico 2: Comparación de la población extranjera de las Comunidades Autónomas de Madrid y País Vasco con la media estatal. Fuente:

56. Hay que destacar sin embargo que los datos de población extranjera en la CAPV en el 2011 muestran que en la CAPV la inmigración aumenta un 3,7% mientras que en el total del Estado se da un leve descenso del 0,3%. «Esta tendencia se debe a diferentes razones como las nacionalidades de extranjeros que llevan mayor tiempo en el Estado –con especial incidencia en aquellos territorios que fueron las principales zonas de recepción de los flujos migratorios– y la redistribución territorial de la inmigración en el territorio debido a los cambios en oportunidades laborales.» Informe del observatorio de inmigración, junio 2011 nº 40 p. 1 sobre la población extranjera en la CAPV 2011.
<http://www.ikuspegi-inmigracion.net/documentos/panoramicas/es/pan40cas.pdf> (Fecha: 1 de agosto de 2011).

13. LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES...

Instituto Nacional de Estadística, encuesta nacional de Inmigración 2007. Monografía und Eurostat (DS-071769 población).

El tercer gráfico muestra datos recogidos por el Instituto Nacional de Estadística 2011, que sitúa el País Vasco como la cuarta Comunidad Autónoma con menor porcentaje de extranjeros en el Estado, solamente teniendo por delante al Principado de Asturias, Galicia y Extremadura⁵⁷. Esto sirve para confirmar lo ya visto en el anterior gráfico, es decir, que la Comunidad Autónoma Vasca sigue teniendo en la actualidad una de las tasas de población extranjeras más bajas del Estado.

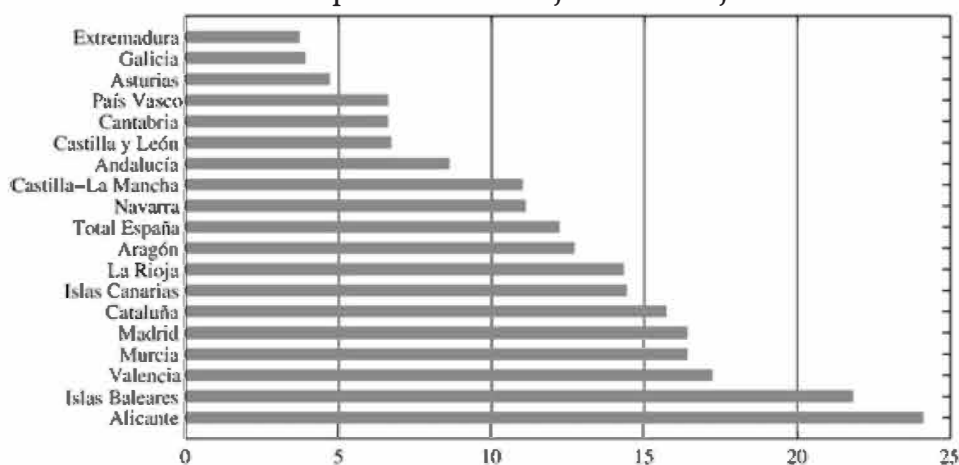


Gráfico 3: Porcentaje de extranjeros por Comunidad Autónoma. Elaboración propia a partir de datos del Instituto Nacional de Estadística, 2011.

Estos datos estadísticos demuestran que la tesis del efecto llamada a causa de las ventajas que aporta el Estado del Bienestar generoso en prestaciones sociales en el país de acogida («*Welfare Magnet Thesis*») es cuestionable. Esta tesis no ha sido demostrada y, por lo tanto, se trata más bien de una especulación⁵⁸.

En el caso arriba estudiado resulta curioso que en el País Vasco, aun

57. Según los datos del INE la población extranjera ha pasado a representar un 6,6% de la población en 2011, con lo que sigue estando a la cola respecto al porcentaje de población extranjera en las distintas comunidades. Informe sobre la población extranjera en la CAPV 2011 n° 40 p. 1.

<http://www.ikuspegi-inmigracion.net/documentos/panoramicas/es/pan40cas.pdf> (Fecha: 20 de agosto de 2011).

58. Vid. KINGREEN, T., «Schätzungen "ins Blaue hinein": Zu den Auswirkungen des Hartz IV-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf das Asylbewerberleistungsgesetz», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2010, p. 261.

garantizando la prestación social de la Renta Básica a los inmigrantes irregulares –siendo esto una novedad, ya que la mayoría de las Comunidades niega el derecho a esta prestación– hasta el 2009 no se aprecia un aumento de población extranjera desproporcionada debida al efecto llamada por las prestaciones sociales⁵⁹.

Tampoco parece que el hecho de que en esta región se conceda el importe pecuniario más alto y a mayor número de beneficiarios que en otras comunidades haya tenido los efectos que deberían de tener en base a la temida teoría del «*Welfare Magnet Thesis*»⁶⁰.

Los datos de la comparación podrían servir para demostrar que los inmigrantes, a la hora de emigrar, no escogen destino con la idea de abusar de las prestaciones sociales o vivir de la ayuda social; es decir, los derechos sociales no son el factor determinante a la hora de escoger un país, sino más bien otros factores diferentes a las ayudas sociales⁶¹. Estos factores podrían ser las relaciones familiares, redes sociales⁶², perspectivas de quedarse en el país a largo plazo⁶³, o empleos en sectores productivos como la agricultura o el turismo. Precisamente, son factores por los que el País Vasco no destaca o está a la vanguardia.

Así lo confirma un reciente trabajo de investigación en el que se afirma «que el efecto llamada en España existe, pero no se debe a la existencia de generosos programas sociales, sino que se asocia ante todo a la existencia de empleos a los que optar. El modelo económico vigente

59. «Del análisis de las estadísticas de variaciones residenciales del 2011 que publica el INE, el volumen de las migraciones no indica que podamos hablar de efecto llamada.» Escrito del Dr. Arkaitz Fullaondo del Observatorio Vasco de Inmigración Ikuspegi (Fecha: 20 de agosto de 2011).

60. Por lo menos no en lo relativo a la población extranjera adulta; otro caso diferente es el de los menores no acompañados magrebíes –grupo de inmigrantes muy particular que excede del objeto de este estudio– donde efectivamente se aprecia un efecto llamada. Para conocer más datos al respecto *vid.* GONZALO GOICOECHEA, A./ JIMÉNEZ MARTÍN, E./VOZMEDIANO SANZ, L., *Menores o extranjeros? Análisis de las políticas de intervención sobre menores extranjeros no acompañados*, 2010.

61. *Vid.* VON POLLERN, H.-I., «Die Entwicklung der Asylbewerberzahlen in den Jahren 2007-2008», en *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 2009, p. 93 y ss.

62. El 86,2% de los extranjeros que emigraron a España tenían ya antes del inicio del viaje contactos y redes sociales en el país de acogida. Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística 1/2009. Encuesta Nacional de Inmigrantes 2007, S. 2. <http://www.ine.es/revistas/cifraine/0109.pdf> (Fecha: 10 de septiembre de 2010).

63. El 24,8% de los encuestados desea traer a sus familiares a España. El 80,6% de los extranjeros tienen la intención de quedarse los próximos cinco años en el Estado español. Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística 1/2009. Encuesta Nacional de Inmigrantes 2007, S. 7. <http://www.ine.es/revistas/cifraine/0109.pdf> (Fecha: 10 de septiembre de 2010).

durante los últimos lustros, requería abundante mano de obra, y la llegada de inmigrantes respondió a dicha demanda»⁶⁴.

4. INTERRELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS DE EXTRANJERÍA

El Estado social moderno a la hora de paliar situaciones de exclusión social no vincula su responsabilidad social a la nacionalidad, sino más bien a la residencia⁶⁵. Es decir, en base al principio de territorialidad todas las personas que se encuentren en el país, incluyendo a los inmigrantes indocumentados, podrían ser beneficiarias de prestaciones sociales financiadas por fondos públicos⁶⁶. Como consecuencia, la inmigración irregular podría suponer un reto para la financiación de los sistemas sociales de los Estados miembros de la Unión. En este contexto procede recordar la ya mencionada teoría del «*Welfare Magnet Thesis*»⁶⁷, que representa la idea de que un generoso Estado con altas prestaciones sociales podría atraer a la inmigración.

En muchos de los países de la Unión Europea se establecen obstáculos al acceso a los derechos sociales para las personas sin permiso de residencia. Dichas trabas son el resultado de leyes que dificultan el acceso a estos derechos *de iure* o de hecho. Las razones de hecho suelen tener su base en el miedo del potencial beneficiario a ser descubierto y expulsado del país en el momento de darse a conocer al pedir la ayuda social.

4.1. ORDENAMIENTO JURÍDICO ALEMÁN: INTERRELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS DE EXTRANJERÍA

4.1.1. Transferencia de datos entre autoridades públicas

Alemania es conocida como un país que presenta un alto nivel de Bienestar Social. Este país, consciente de lo que ofrece, dispone de meca-

64. MORENO FUENTES, F. J./BRUQUETAS CALLEJO, M., *Inmigración y Estado de bienestar en España*, 2011, pp. 177-178.

65. KINGREEN, T., *Soziale Rechte und Migration*, 2010, p. 16; BECKER, U., «The Challenge of Migration to the Welfare State», en BENVENISTI, E./NOLTE, G. (Eds.), *The Welfare State, Globalization and International Law*, 2004, pp. 11-12.

66. *Vid.* ZULEEG, M., «Die Auswirkung von sozialrechtlichen Tatbeständen auf ausländerechtliche Entscheidungen», en BARWIG, K./LÖRCHER, K./SCHUMACHER, C. (Eds.), *Soziale Sicherung und Aufenthaltsrecht*, 1986, p. 92 y 93; ZULEEG, M., «Die deutsche Nation im Spiegel des Rechts», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1983, p. 486.

67. GRASER, A., *op. cit.*, p. 27-28; BORJAS, G., *op. cit.*, p. 607 y ss.; PETERSON, P. E./ROM, M. C., *op. cit.*, p. 26.

nismos de protección al abuso de los derechos sociales. Para ello se posibilita el intercambio de datos entre los diferentes organismos públicos. Así, la legislación penaliza la asistencia a inmigrantes indocumentados, al mismo tiempo que incluye disposiciones para su denuncia.

Al amparo del § 87.2 Ley de Extranjería (AufenthG), las autoridades públicas deberán comunicar a las oficinas de extranjería todos los casos relativos a extranjeros en situación de irregularidad administrativa.

Dada la importancia del término, es necesario aclarar qué se entiende por autoridades públicas en el sentido del § 87 AufenthG. Las autoridades públicas son la policía a nivel nacional y regional, las demás autoridades de orden público, los juzgados, las representaciones en el extranjero, los organismos encargados del padrón municipal, las oficinas de finanzas, servicios sociales, mutuas y agencias de trabajo, los centros dedicados a la educación y a la ciencia, como escuelas y universidades⁶⁸. Las entidades privadas, como las iglesias, instituciones caritativas, sindicatos u organizaciones de empresarios, no están categorizadas como autoridades públicas⁶⁹. Sin embargo, en el momento en que una organización privada entrega un recibo a una oficina de asistencia social, la situación irregular del beneficiario saldrá a la luz, lo que supondrá que se comunicará la situación administrativa irregular a la autoridad pública competente⁷⁰.

Según el § 87.4 AufenthG, los tribunales, fiscales y oficinas responsables de las multas están obligados de oficio a informar a la oficina de extranjería. Fuera de la Ley de Extranjería, según el § 3 SchwArbG⁷¹ y § 67e SGB X⁷², también se establece la obligación de que las instituciones trabajen juntas e intercambien información. Para ello, el legislador ha creado normas para conseguir un intercambio de datos entre instituciones con el fin de combatir el trabajo sumergido⁷³.

68. Vid. WILL, A., *Ausländer ohne Aufenthaltsrecht. Aufenthaltsrechtliche Rahmenbedingungen. Arbeitsrecht. Soziale Rechte*, 2008, p. 230.

69. WILL, A., *op. cit.*, p. 231.

70. FRINGS, D., *Sozialrecht für Zuwanderer*, 2008, p. 323.

71. Ley para combatir el trabajo en negro (SchwArbG) dado a conocer con fecha 6 de febrero 1995 (BGBl. I p. 165), última modificación del art. 45 dedicado a servicios del mercado laboral, 23 diciembre 2003 (BGBl. I p. 2898).

72. Décimo libro de la Ley General de la Seguridad Social en la versión de la Ley para intensificar el combate al trabajo en negro su fraude fiscal de 23 julio 2004 (BGBl. I p. 1842).

73. Por ejemplo según § 405 párrafo 1 y 4 SGB III la Agencia Federal de Trabajo es responsable para seguir las infracciones administrativas, para ello trabaja conjuntamente con las cajas de seguro de asistencia sanitaria, accidentes de trabajo y jubilaciones. Véase también: § 3.2 SchwArbG, § 308.3 SGB III, § 28.3 SGB IV, § 113.2 SGB

4.1.2. Rechazo voluntario a los derechos por temor a la denuncia

Mientras que la rama del derecho de extranjería persigue objetivos de seguridad y orden político, como es la regulación y control de la situación administrativa de los inmigrantes, la asistencia social busca paliar las situaciones de necesidad para con ello garantizar la dignidad de la persona⁷⁴. En base al criterio de «residencia» –principio de territorialidad– por el que se rigen los derechos sociales, se crean obligaciones prestacionales solamente por el hecho de encontrarse en el país con independencia de su situación administrativa o de cotizaciones a la Seguridad Social. De acuerdo a esta diferencia, frecuentemente pueden crearse tensiones entre las leyes de extranjería y las leyes que garantizan la asistencia social a los inmigrantes.

El legislador, teniendo en cuenta esta diferencia fundamental para evitar contradicciones en el ordenamiento jurídico, ha previsto que mientras no exista un permiso de residencia y el extranjero sea anónimo y desconocido ante la administración no se podrá permitir su acceso a los derechos sociales. De esta forma, la obligación de proteger al extranjero en relación al principio de territorialidad se establece cuando los individuos se dan a conocer ante las autoridades⁷⁵. Sin embargo, en ese instante sus datos deberán ser comunicados por ley a la oficina de extranjería⁷⁶, ya que el legislador ha visto conveniente proceder a controlar el acceso de los extranjeros en situación irregular a las prestaciones sociales mediante el intercambio de datos (§ 87 AufenthG) entre las administraciones de la asistencia social y extranjería⁷⁷.

Sin embargo, teniendo en cuenta el gran interés de las personas sin permiso de residencia de mantener su anonimato, el ejercicio de su derecho mediante el acceso a las prestaciones sociales puede ser problemático⁷⁸. El temor a la interrelación entre estas dos ramas del derecho crea en la práctica una situación que disuade al extranjero a acceder a sus derechos sociales⁷⁹.

IV, § 306.2 SGB V, § 321.2 SGB VI, § 211.2 SGB VII, § 71.1.6 SGB X, § 139.7 GewO, § 90 AufenthG, § 31a AO, § 116 AO y § 118a HwO.

74. Vid. ZACHER, H. F., «Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtvergleichung», en v. MAYDELL, B./EICHENHOFER, E. (Eds.), *Abhandlungen zum Sozialrecht*, 1993, p. 361.

75. FRINGS, «Der Anspruch nach dem Asylbewerberleistungsgesetz auf eine medizinische Grundversorgung für Menschen ohne Papiere», en FALGE/FISCHER-LESCANO/SIEVEKING (Eds.), *Gesundheit in der Illegalität*, 2009, p. 148.

76. WILL, *op. cit.*, p. 228.

77. HEINHOLD, H./CLASSEN, G. *Das Zuwanderungsgesetz*, Hinweise für die Flüchtlingssozialarbeit, 2003, p. 101.

78. WILL, A., *op. cit.*, p. 228.

79. BIELEFELDT, H., «Menschenrechte irregulärer Migrantinnen und Migranten», en ALT,

Lo anterior significa que, aunque existe un derecho subjetivo a unas prestaciones sociales –en concreto para los extranjeros irregulares (§ 1 párr. 1 n° 5 AsylbLG) que residen en el país sin darse a conocer frente a las autoridades–, en la práctica no tienen acceso a las prestaciones sociales. A estos extranjeros «invisibles» les falta demostrar la condición indispensable de su residencia en el país.

Por el contrario, para los inmigrantes indocumentados «tolerados» (§ 1 párr. 1 n° 4 AsylbLG), el deber de comunicar los datos a los diferentes organismos públicos no tiene ninguna consecuencia, ya que están registrados y son conocidos por las autoridades.

Por lo tanto, el riesgo de que se les descubra no sólo tiene consecuencias en el campo del derecho de extranjería, sino también sirve de barrera al acceso a las prestaciones sociales. Con ello se impide a las personas indocumentadas el acceso directo y libre de temores, por ejemplo, a la asistencia médica y a la educación para sus hijos. La obligación de la asistencia escolar está relacionada con su domicilio habitual. Como en la inscripción en la escuela hay que mostrar la documentación del padrón municipal, los padres no se atreven a llevar a sus hijos menores a la escuela. De esta forma, quedan excluidos de muchos centros educativos⁸⁰ y con ello del derecho a la educación.

En el caso de la asistencia médica ocurre que los inmigrantes en situación irregular con derecho a asistencia sanitaria según §§ 4 y § 6 AsylbLG no hacen uso de este servicio por miedo a que les descubran y expulsen⁸¹. Con frecuencia muchos médicos desisten del cobro de la consulta a los seguros médicos para conservar la anonimidad del paciente. Así, la asistencia sanitaria de estas personas tiene un carácter caritativo y depende del compromiso social de organizaciones no gubernamentales o de personas individuales. Esto significa un retroceso en los derechos ya conseguidos, ya que el derecho a la asistencia sanitaria dejó de pertenecer a la beneficencia, como lo hacía en el siglo XVI, y se ha vuelto un derecho necesario para garantizar la dignidad de la persona.

La comisión de la ONU responsable de observar el Pacto Internacio-

J./BOMMES, M., (Eds.), *Illegalität, Grenzen und Möglichkeiten der Migrationspolitik*, 2006, p. 89.

80. Vid. WILL, A., *op. cit.*, p. 240; RÖSELER, S./VOGEL, D., «Illegale Zuwanderer – ein Problem für die Sozialpolitik?», *ZeS-Arbeitspapier 1/93*, 1993.

81. ALLENBERG, N./LÖHR, T., «Der Prüfbericht Illegalität und alternative Lösungssätze», en FALGE, C./FISCHER-LESCANO, A./SIEVEKING, K. (Eds.), *Gesundheit in der Illegalität*, 2009, p. 127.

nal de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) interpretó lo siguiente: «Las instalaciones y tutorías médicas deben de ser accesibles *de iure* y *de facto* para todos, sin dañar el principio de no discriminación, sobre todo para los más necesitados de protección y grupos de población marginados de la sociedad»⁸². Como Alemania ratificó el PIDESC y con ello reconoció el derecho a la asistencia médica en su art. 12, podría decirse que la imposibilidad para acceder a la asistencia médica –debido al temor a denuncias– podría contravenir el art. 12 PIDESC. Por lo tanto, la imposibilidad del acceso a la sanidad que causa el § 87 AufenthG no es conciliable con el derecho a la asistencia médica.

En lo que respecta a los trabajadores que realizan una actividad económica sumergida, éstos también pueden tener derecho a prestaciones de la Seguridad Social. Sin embargo, existen impedimentos para su acceso a los derechos sociales. De hecho, en ocasiones son ellos mismos los que son reacios a ejercer sus derechos, ya que con ello declararían su situación irregular.

4.1.3. Soluciones prácticas de las organizaciones benéficas: acceso anónimo a la asistencia sanitaria

Como ya se explicó anteriormente, los extranjeros indocumentados que no están registrados oficialmente por la administración tienen dificultades para acceder a prestaciones sociales. Esto significa que aunque se encuentren en estado de necesidad y tengan derecho a una prestación, en la práctica, por temor a ser descubiertos, raramente harán uso de este derecho⁸³. En este contexto, se plantea la pregunta de si hay algún actor en la sociedad que se ocupe de paliar este déficit. Teniendo en cuenta que la garantía de derechos sociales como la asistencia sanitaria es un derecho básico, se han creado otras vías para garantizar este derecho tan fundamental.

El apoyo ofrecido por las organizaciones benéficas de carácter religioso es para el grupo de extranjeros en situación irregular de especial importancia. Según el § 5. 2-4 SGB XII, las instituciones públicas deben trabajar con las organizaciones caritativas de la Iglesia. En consecuencia, las personas necesitadas pueden recibir ayuda además de los servicios sociales de la comunidad donde residan, también de la Iglesia y demás

82. CECSR, General Comments n° 14, UN Doc. E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, § 12.

83. BIRSL, U., *Migration und Migrationspolitik im Prozess der europäischen Integration?*, 2005, p. 65.

organizaciones benéficas (*Diakonisches Werk, Caritas, Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband, Cruz Roja, etc.*).

Su labor es importante en relación a todos los aspectos de la integración y se compone de un amplio abanico de servicios a los inmigrantes, como la asesoría, cursos de idioma, integración en el mercado de trabajo y asistencia médica. En el año 2000 seis organizaciones dedicadas a tareas sociales gastaron más de 150 millones de euros en la integración de inmigrantes⁸⁴. Aunque por lo general las organizaciones benéficas están organizadas de forma privada, se financian también con medios públicos⁸⁵. Sin embargo, las ayudas a los extranjeros en situación irregular son financiadas exclusivamente con fondos privados⁸⁶.

En general, no se concibe la financiación del apoyo de estas personas mediante impuestos, ya que supondría una fuerte carga para los presupuestos públicos⁸⁷. Por otro lado, este tipo de financiación pública rompería con el principio regulado por ley de que los extranjeros deben de financiar su existencia por si mismos (§ 5.1 AufenthG). Además, su manutención con fondos públicos supondría crear un estímulo a la inmigración ilegal por parte del Estado⁸⁸. Esta medida contradice el objetivo del control de la migración, en el sentido en que por medio de las prestaciones sociales públicas se apoyaría y perpetuaría la estancia del extranjero irregular⁸⁹.

Un buen ejemplo de buenas prácticas lo ofrece la organización benéfica de la Orden de Malta con el programa *Malteser Migranten Medizin* (en adelante MMM), con el que en la mayoría de grandes ciudades alemanas se ofrece una asistencia médica anonimizada. El proyecto empezó su andadura en Berlín y se ha expandido a las ciudades de Múnich, Darmstadt, Frankfurt, Hamburgo, Hannover, Münster, Augsburg, y Colonia. El proyecto ofrece asistencia médica básica en caso de enfermedad y embarazo a personas que no tienen un seguro médico. Aquí hay que recordar que en Alemania, en vez de un seguro médico universal,

84. HECKMANN, F./SCHNAPPER, D., *The Integration of Immigrants in European Societies, National Differences and Trends of Convergence*, 2003, p. 69.

85. HECKMANN, F./SCHNAPPER, D., *op. cit.*, p. 69.

86. http://www.malteser.de/73.Malteser_Migranten_Medizin/73.04.Links_Materialien/JB-MMM-08_final.pdf (Fecha: 10 de septiembre de 2010).

87. ALLENBERG, N./LÖHR, T., *op. cit.*, p. 133.

88. Informe del Ministerio de Interior, *Illegal aufhältige Migranten*, 2007, p. 48. http://www.emhosting.de/kunden/fluechtlingsrat-nrw.de/system/upload/download_1232.pdf (Fecha: 28 de diciembre de 2008).

89. ALT, J., «Umgang mit illegaler Zuwanderung und illegalem Aufenthalt», en BARWIG, K./DAVY, U. (Eds.), *Auf dem Weg zur Rechtsgleichheit?*, 2004, p. 218.

tienen un sistema de seguro de cajas que se financian por medio de las cotizaciones de sus miembros. Los servicios que se prestan por el MMM son: revisiones y atención a consultas médicas, atención médica de urgencia, en caso de necesidad se delegan a médicos especialistas, apoyo al embarazo y parto (22%), inyecciones (7%), remisión y financiación de operaciones en hospitales (26%), prescripción de recetas y financiación de medicamentos, así como la organización y financiación de análisis de laboratorio. La asistencia médica es anónima, es decir, se garantiza la no transmisión de datos del paciente a las oficinas de extranjería según el § 87 AufenthG. Los costes de esta asistencia (cerca de 200.000 € al año) y sus locales las obtiene el programa MMM exclusivamente por donaciones privadas⁹⁰. El proyecto de MMM calcula que hasta el año 2010 ha ayudado a 20.000 personas.

Aunque el proyecto se creó para dar respuesta a la situación de desamparo que sufrían los inmigrantes indocumentados, está dirigido también a otros grupos de la sociedad que no pueden permitirse un seguro sanitario, como los autónomos, estudiantes, turistas, y mujeres divorciadas si recursos. Aquí hay que recordar que la Orden de Malta apoya a personas en situación de necesidad desde hace más de 900 años.

4.2. ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: INTERRELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS DE EXTRANJERÍA

La Ley Orgánica 2/2009 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), al contrario que la ley alemana sobre prestaciones no contributivas de demandantes de asilo y demás grupos de extranjeros con una estancia temporal en el país (AsylbLG), no es una ley exclusiva de la rama del derecho de la Seguridad Social, sino que se trata simplemente de una ley que regula los derechos de los extranjeros en general y pertenece a la materia de derecho público. Sin embargo, sí se regulan en ella unas líneas generales para el acceso a los derechos sociales en general⁹¹. Las prestaciones sociales se regulan en especial en las leyes y estatutos autonómicos.

90. a) Informe anual MMM Berlin, p. 6. (Fecha: 23 de diciembre de 2009).

http://www.malteser.de/73.Malteser_Migranten_Medizin/73.04.Links_Materialien/IB-MMM-08_final.pdf. (Fecha: 23 de diciembre de 2009).

b) Informe anual 2008 MMM Colonia, p. 10.

http://www.malteser.de/73.Malteser_Migranten_Medizin/73.04.Links_Materialien/Erfahrungsbericht2007_final.pdf (Fecha: 23 de diciembre de 2009).

c) Informe Múnich, 2006, p. 12.

http://www.malteser.de/73.Malteser_Migranten_Medizin/73.04.Links_Materialien/IB-MMM-07-K.pdf (Fecha: 23 de diciembre de 2009).

91. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *op. cit.*, p. 278.

4.2.1. El padrón municipal como instrumento de integración

Como ya se ha explicado, los extranjeros en situación irregular tienen en España acceso a prestaciones sociales básicas (art. 14.3 LOEX), a la educación⁹² (art. 9 LOEX) y a la asistencia médica, que se garantizan a toda la población en base al principio de universalidad (art.12 LOEX)⁹³.

Sin embargo, para acceder a estas prestaciones, los inmigrantes irregulares, al igual que los nacionales, en función del principio de territorialidad, deben mostrar constancia de tener su residencia habitual en una población determinada mediante la inscripción en el padrón municipal. El empadronamiento es para los extranjeros indocumentados un factor imprescindible para el acceso a las prestaciones sociales, ya que el art. 15 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local⁹⁴ (en adelante LRBRL) no exige tener la residencia legal⁹⁵. La inscripción en el padrón sirve para administrar y conocer el número de habitantes de la población al que han de ser garantizados los servicios públicos y prever así el presupuesto necesario⁹⁶. Según el art.54 del Real Decreto 2612/1996⁹⁷, toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el padrón del municipio en el que resida habitualmente. Los datos del padrón municipal, que es el registro administrativo donde constan los vecinos del municipio, constituyen prueba de residencia y del domicilio habitual (art.54 del Real Decreto 2612/1996). Aunque el empadronamiento no concede un permiso de residencia legalizado, sí es un instrumento imprescindible para acceder a la asistencia social (art. 12.1 LOEX) y a la educación (art. 9 LOEX)⁹⁸.

Para tener acceso a los servicios públicos de salud se expedirá, poco después de la inscripción en el padrón, una tarjeta sanitaria. Dependiendo de la Comunidad Autónoma donde se resida, se podrá además

92. Vid. STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007.

93. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 2002, p. 280.

94. Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local 7/1985, BOE nº 80 de 3 de abril de 1985; modificada parcialmente por la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, BOE nº 279 de 21 de noviembre de 2003.

95. SOLANES CORELLA, Á./CARDONA RUBERT, M. B., *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, 2005, p. 86.

96. SOLANES CORELLA, Á./CARDONA RUBERT, M. B., *op. cit.*, p. 90.

97. Real Decreto 2612/1996, de 20 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales aprobado por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio. BOE, nº 14 de 16 de enero de 1997.

98. GONZÁLEZ ORTEGA, S., «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes», en *La protección social de los extranjeros en España*, 2010, p. 241.

–como es el caso del País Vasco– tener acceso a otras prestaciones básicas como la Renta Mínima de Inserción y otras ayudas de Emergencia Social (art. 14.3 LOEX)⁹⁹. La inscripción en el padrón se conoce también como «la llave de la diferencia»¹⁰⁰ y se reconoce su función como instrumento de integración¹⁰¹, porque la sola inscripción ya permite el acceso a las prestaciones sociales que apoyan la integración social. Por otro lado, la inscripción sirve como prueba para demostrar el arraigo al solicitar un permiso de residencia.

4.2.2. Intransferibilidad de datos entre las diferentes administraciones públicas

Hay que destacar que la inscripción en el padrón no permitía el intercambio de datos hasta que llegó la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La nueva Ley de Extranjería posibilitó la transferencia de datos entre el padrón y la policía para obtener un mejor control de los flujos migratorios¹⁰². En base al art. 16.3 LRBRL pueden transmitirse datos del padrón a otros órganos de la administración sin el permiso del afectado, pero sólo cuando los datos se soliciten en ejercicio del ámbito competencial de alguna de las administraciones.

Estos datos se pueden usar con fines estadísticos oficiales siguiendo lo establecido en la Ley 12/1989 de 9 de marzo sobre estadísticas públicas¹⁰³ y demás leyes sobre estadísticas autonómicas.

Siempre ha de respetarse que los datos sólo serán facilitados a la solicitud de una persona en concreto¹⁰⁴. La policía no puede solicitar de oficio datos de un grupo de personas. No se trata de una obligación de intercambio de datos automáticos como el caso alemán, sino sólo el traspaso de datos como respuesta a una solicitud. Al contrario que en el ordenamiento jurídico alemán en el español se tiende a mantener el anonimato del inmigrante. Por ello, no se observa una interacción tan

99. Plan Vasco de Inmigración 2003-2005. Gobierno Vasco. Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales. Viceconsejería de Asuntos Sociales. Dirección de Inmigración.

100. NAR, S., *Lettre a Charles Pasqua de la part de ceux qui ne sont pas bien nés*, 1994, pp. 30-35.

101. ZARAUZ, J., *Incidencia del padrón municipal en el ejercicio de los derechos de las personas extranjeras en situación irregular*, 2007, p. 155.

102. Modificaciones en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, BOE nº 298, de 14 de diciembre de 1999 y Art. 16.3 LRBRL por LOEX 14/2003, BOE nº 279, de 21 de noviembre de 2003.

103. Ley 12/1989, de la Función Estadística Pública, BOE nº 112, de 11 de mayo de 1989.

104. PALOMAR OLMEDA, A./HERVÁS BAUTISTA, M., *Guía de Extranjería*, 2006, p. 146.

clara entre las ramas del derecho de extranjería y el de la Seguridad Social.

Además, en España hasta ahora siempre ha faltado la voluntad política para el intercambio de datos entre las administraciones de lo social y de extranjería. No sólo se observa por parte de las autoridades de extranjería una baja actividad a la hora de intercambiar de datos¹⁰⁵, sino también en la ejecución de resoluciones de expulsión. En muchas ocasiones, el Estado, ya sea por falta de infraestructura, personal o falta de medios económicos, no reúne las condiciones óptimas para expulsar a todos los extranjeros irregulares¹⁰⁶.

Sin embargo, a veces se especula que debido al temor de los inmigrantes al control policial se podría reducir el número de inscripciones en el padrón¹⁰⁷. En este contexto de discusión de si se limitan los derechos de los extranjeros, se presentó por parte del Parlamento Vasco un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 14/2003 LOEX, que se admitió a trámite en abril 2004, el cual está todavía pendiente de resolución¹⁰⁸.

El requisito de la inscripción en el padrón para tener acceso a las prestaciones sociales de carácter universal podría suponer en la práctica una limitación de los derechos, ya que, sin el empadronamiento, los inmigrantes no tienen acceso a estos derechos en las mismas condiciones que los españoles. Es decir, sin la inscripción las prestaciones no se garantizan con la universalidad que les caracteriza¹⁰⁹. Sin embargo, se puede entender que ni el Estado Social ni la Comunidad Autónoma son responsables de esta limitación, ya que la obligación del empadronamiento no es exclusiva de los extranjeros, sino que es un requisito para todos. Por lo tanto, se trata más bien de un problema «de hecho» que

-
105. VILALTA, M., El padró municipal i els immigrants: un comentari sobre la futura Llei Bàsica del Govern i l'Administració local, en LARIOS, M.J./NADAL, M. (Eds.), *L'estat de la immigració a Catalunya*, 2006, p. 115-141.
106. RAMOS QUINTANA, M.I., «Inmigración y globalización económica, ¿Un lugar para el Derecho al Trabajo?», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, p. 21; KREIENBRINK, A., *Einwanderungsland Spanien. Migrationspolitik zwischen Europäisierung und nationalen Interessen*, 2004, p. 220.
107. SOLANES CORELLA, A./CARDONA RUBERT, M.B., *op. cit.*, p. 119.
108. Recurso de inconstitucionalidad nº 1024-2004, promovido por Parlamento Vasco, contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que reforma la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Extranjería. BOE nº 102, de 27 de abril de 2004.
109. GRANDE GARCÓN, M.L./PÉREZ PÉREZ, M. L., «Inmigración e Intervención pública en materia de Salud», en MOLINA NAVARRETE, C./PEREZ SOLA, N./ESTEBAN DE LA ROSA, G. (Eds.), *Inmigración e Integración de los Extranjeros en España*, 2009, p. 331.

de derecho. El acceso a los derechos sociales depende de la decisión de mantener el anonimato o inscribirse en el padrón.

No se estima una desigualdad o la lesión de derechos constitucionales, ya que el ordenamiento jurídico español garantiza a todos, incluyendo a los inmigrantes en situación irregular, los derechos de carácter universal –como es la asistencia médica, prestaciones básicas y la educación– en las mismas condiciones. Para ello, simplemente deben, al igual que los nacionales, cumplir con la condición de inscribirse en el padrón municipal.

5. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha tratado de clarificar si los extranjeros irregulares tienen acceso a prestaciones sociales en España y Alemania, dos países miembros de la Unión Europea que presentan diferentes niveles de protección y modos de financiación en sus Estados de Bienestar. Así, el estudio ha demostrado que los dos ordenamientos jurídicos, prevén un mínimo de derechos sociales a los inmigrantes irregulares. Se diferencian, en cambio, en la forma en que se regulan y las barreras legales o de hecho que se establecen en el acceso a estos derechos.

Concretamente, el ordenamiento alemán –a diferencia del ordenamiento español– prevé a un derecho subjetivo a un mínimo vital para garantizar la dignidad de la persona y el principio del Estado Social. Por ello aunque en un principio se pudiera pensar que el sistema alemán es más garantista que el español, a la hora del acceso a las prestaciones la práctica refleja otra realidad. Así, el estudio revela que un cuanto un Estado Social ofrece prestaciones en base al principio de universalidad –como es por ejemplo el caso de la sanidad en España–, se facilita el acceso a toda la población incluyendo a los extranjeros en situación irregular.

Por el contrario, los sistemas financiados por cotizaciones, como el sistema alemán, tienden a proteger su Estado Social poniendo barreras de acceso a las prestaciones a los no cotizantes, sobretudo a los extranjeros indocumentados, mediante la creación de leyes especiales como el *Asylbewerberleistungsgesetz*. Aunque esta ley garantiza unos derechos sociales mínimos para este grupo de población inmigrante, sólo pueden acceder a ésta los denominados inmigrantes irregulares «tolerados» (§ 1 párr. 1 n° 4 AsylbLG). Los que son anónimos o desconocidos ante las autoridades (§ 1 párr. 1 n° 5 AsylbLG), por miedo a la denuncia serán reacios a ejercer los derechos sociales que les corresponden. La Ley de

Extranjería (§ 87 AufenthG) regula una medida de control –mediante el intercambio de datos entre las administraciones– exclusiva para los extranjeros, al contrario que en España, donde el requisito del empadronamiento es un requisito para todos, nacionales y extranjeros. La obsesión de reducir y limitar las prestaciones en base a argumentos políticos –«efecto llamada» o «estancia temporal en el país de acogida»– hace que en Alemania con frecuencia se olvide el verdadero bien protegido, que es la garantía de la dignidad de la persona.

En este contexto, el ejemplo del alto nivel de protección social a los inmigrantes irregulares en el País Vasco sirve de contraste al caso alemán, para debilitar la justificación de la diferencia de trato y evidencia que: a) no está demostrado que un nivel alto de prestaciones cause un efecto llamada; por lo tanto, se trata de una mera especulación, b) el argumento de que su estancia en Alemania es solo de corta duración no justifica la reducción de las prestaciones a los beneficiarios del *Asylbewerberleistungsgesetz* (AsylbLG). Sobretudo cuando ya se ha demostrado (ver gráfico 1) que por ejemplo en Baviera el tiempo de estancia e internamiento supera los tres años y no puede considerarse temporal. El legislador alemán debería aquí desarrollar su tarea legislativa, libre de estrategias de intimidación o teorías especulativas. La argumentación debería ser exclusivamente de naturaleza jurídica, con el único objetivo de garantizar la dignidad de la persona, tal y como ha comenzado a practicar el Gobierno y la jurisprudencia. En este contexto, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de prestaciones sociales no contributivas del AsylbLG, en base a los argumentos de la reciente sentencia «Hartz IV», es un paso importante para una mejor garantía del bien protegido. Todas las demás argumentaciones políticas abren la puerta a la discriminación de grupos de población, cuya dignidad pasa a un segundo plano.

Por otro lado, al comparar nuestro modelo de protección social con el alemán, éste último nos invita a reflexionar, tanto sobre el futuro de la sostenibilidad financiera de nuestra asistencia social universal, como el vigente acceso incondicional a las prestaciones sociales.

BIBLIOGRAFÍA

ADOLPH, Holger, *Entwicklung zum modernen Sozialstaat in Spanien, Regionale sozialstaatliche Entwicklung am Beispiel der autonomen Gemeinschaft des Baskenlandes*, Münster, 1997.

ALT, Jörg, «Umgang mit illegaler Zuwanderung und illegalem Aufent-

- halt», en BARWIG, Klaus/DAVY, Ulrike (Eds.), *Auf dem Weg zur Rechtsgleichheit?*, Baden-Baden, 2004.
- ALLENBERG, Nele/LÖHR, Tillmann, «Der Prüfbericht Illegalität und alternative Lösungsansätze», en FALGE, Christiane/FISCHER-LESCANO, Andreas/SIEVEKING, Klaus (Eds.), *Gesundheit in der Illegalität*, Baden-Baden, 2009, pp. 130 y ss.
- ARARTEKO, «Actuaciones del Ararteko en defensa de los colectivos de atención pública. Personas inmigrantes», en *Informe del Ararteko al Parlamento Vasco*, 2010, Ararteko 2010, pp. 389 y ss.
- APARICIO, Rosa/TORNOS, Andrés, «Towards an Analysis of Spanish Integration policy», en HECKMANN, Friedrich/SCHNAPPER, Dominique (Eds.), *The Integration of Immigrants in European Societies, National Differences and Trends of Convergence*, Stuttgart, 2003, pp. 213 y ss.
- BECKER, Ulrich, The Challenge of Migration to the Welfare State, en BENVENISTI, Eyal/NOLTE, Georg (Eds.), *The Welfare State, Globalization and International Law*, Berlin, 2004, pp. 1 y ss.
- BIELEFELDT, Heiner, «Menschenrechte irregulärer Migrantinnen und Migranten», en ALT, Jörg/BOMMES Michael (Eds.), *Illegalität, Grenzen und Möglichkeiten der Migrationspolitik*, Wiesbaden, 2006, pp. 89 y ss.
- BIRSL, Ursula, *Migration und Migrationspolitik im Prozess der europäischen Integration?*, Opladen, 2005.
- BLASCO RASERO, Cristina, «La protección de los extranjeros por los sistemas autonómicos de Servicios Sociales», en GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago (Ed.), *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia, 2010, pp. 356 y ss.
- BORJAS, George J., «Immigration and Welfare Magnets», en *Journal of Labour Economics*, 1999, vol. 17, n° 4, pp. 607 y ss.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge 1990.
- FRINGS, Dorothee, *Sozialrecht für Zuwanderer*, Baden-Baden, 2008.
- «Der Anspruch nach dem Asylbewerberleistungsgesetz auf eine medizinische Grundversorgung für Menschen ohne Papiere», en FALGE, Christiane/FISCHER-LESCANO, Andreas/SIEVEKING, Klaus (Eds.), *Gesundheit in der illegalität*, Baden-Baden, 2009, pp. 143 y ss.
- FRISCH, Max, «Vorwort», en SEILER, Alexander Jean (Ed.), *Siamo Italiani – Gespräche mit italienischen Arbeitern in der Schweiz*, Zurich 1965, p. 7 y ss.

- GEIGER, Rudolf, *Grundgesetz und Völkerrecht mit Europarecht*, 5. Ed., München, 2010.
- GONZALO GOICOECHEA, Alazne/JIMÉNEZ MARTÍN, Eva/VOZMEDIANO SANZ, Laura, *¿Menores o extranjeros? Análisis de las políticas de intervención sobre menores extranjeros no acompañados*, Colección Derechos Humanos «Juan San Martín», Ararteko Defensoría del Pueblo, Vitoria-Gasteiz, 2010.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, *La protección social de los trabajadores extranjeros*, Madrid, 2006.
- «El derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes», en *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia 2010, pp. 241 y ss.
- GRANDE GARCÓN, María Luisa/PÉREZ PÉREZ, María Luisa, «Inmigración e Intervención pública en materia de salud», en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal/PERÉZ SOLA, Nicolás/ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria (Eds.), *Inmigración e Integración de los Extranjeros en España*, Madrid, 2009, pp. 295 y ss.
- GRASER, Alexander, *Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt?*, Berlin, 2001.
- HECKMANN, Friedrich/SCHNAPPER, Dominique, *The Integration of Immigrants in European Societies, National Differences and Trends of Convergence*, Stuttgart, 2003.
- HEINHOLD, Hubert/CLASSEN, Georg, *Das Zuwanderungsgesetz – Hinweise für die Flüchtlingssozialarbeit: Einführung in die Neuregelungen des Aufenthaltsgesetzes, des Asylverfahrensgesetzes und des Sozialrechtes («Hartz IV»)*, Oldenburg, 2003.
- KREIENBRINK, Axel, *Einwanderungsland Spanien. Migrationspolitik zwischen Europäisierung und nationalen Interessen*, Frankfurt am Main, 2004.
- KINGREEN, Thorsten, *Soziale Rechte und Migration*, Baden-Baden 2010.
- «Schätzungen "ins Blaue hinein": Zu den Auswirkungen des Hartz IV-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf das Asylbewerberleistungsgesetz», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2010, pp. 588 ff.
- LARROQUE, Jimena, «La actuación gubernamental: PVI 2003-2005, instrumento básico de la política de inmigración», en AJA FERNÁNDEZ, Eliseo (Ed.), *Las Comunidades Autónomas y la Inmigración*, Valencia, 2006, pp. 445 y ss.

13. LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES...

- LÓPEZ LÓPEZ, Julia, Una mirada a los derechos sociales de los inmigrantes desde su dignidad, en LÓPEZ LÓPEZ, Julia (Ed.), *Derechos Laborales y de la Seguridad Social de los inmigrantes*, Madrid 2006, pp. 25 y ss.
- MALGESINI, Graciela, «Migraciones, sanidad y salud», en CLAVIJO, Claudia/AGUIRRE, Mariano (Eds.), *Políticas Sociales y Estado de Bienestar en España: Las migraciones*, Madrid, 2002, pp. 265 y ss.
- MORENO FUENTES, Francisco Javier/BRUQUETAS CALLEJO, María, *Inmigración y Estado de bienestar en España*, Colección Estudios Sociales Obra social «la Caixa», núm 31, Barcelona, 2011.
- MORENO PUEYO, Manuel José, «Extranjeros Inmigrantes y Seguridad Social Española», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, pp. 143 y ss.
- NAR, Sami, *Lettre a Charles Pasqua de la part de ceux qui ne sont pas bien nés*, Seuil, Paris 1994.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto/HERVÁS BAUTISTA, Marina, *Guía de Extranjería*, Elcano, 2006.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, «Derechos sociales y positivismo jurídico», en *Escritos de Filosofía Jurídica y política*, Dykinson, Madrid, 1999.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 8. Edición, Madrid 2002.
- PETERSON, Paul E./ROM, Mark C., *Welfare Magnets, A new case for a national Standard*, Washington DC, 1990.
- PISARELLO, GERARDO, «La efectividad del Derecho Social a la vivienda digna y adecuada», en *La actualidad de los derechos Sociales*. Defensor del pueblo, Colección Derechos Humanos «Francisco de Vitoria», Bilbao 2008, pp. 51 y ss.
- QUINTERO LIMA, Maria Gema, «El Derecho de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular a las prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias profesionales», en GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago (Ed.), *La protección social de los extranjeros en España*, Valencia, 2010, pp. 201 y ss.
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel, «Derechos sociales de los inmigrantes», en SOROETA LICERAS, Juan, *Problemas actuales de la inmigración*, Zarautz, 2006, pp. 165-182.
- «Inmigración y globalización económica, ¿Un lugar para el Derecho

- al Trabajo?», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, pp. 13 y ss.
- REINHARD, Hans-Joachim, «Asistencia Sanitaria para inmigrantes ilegales en Alemania», en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Murcia, 2009, pp. 175 y ss.
- RÖSELER, Sibylle/VOGEL, Dita, «Illegale Zuwanderer – ein Problem für die Sozialpolitik?», *ZeS-Arbeitspapier 1/93 (Zentrum für Sozialpolitik der Universität Bremen)*, Bremen, 1993.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, «Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: La dialéctica universalidad ciudadanía», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, pp. 250 y ss.
- SAURA SUCÁR, Mercé, «La prestación de asistencia sanitaria de la seguridad social a los extranjeros» en *Revista Electrónica de geografía y ciencias sociales*, nº 94, 2001, pp. 7 y ss.
- SOLANES CORELLA, Ángeles/CARDONA RUBERT, María Belén, *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Valencia, 2005.
- TREJO CHACÓN, María Fernanda, «La asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular», en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina, *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Murcia, 2009, pp. 227-307.
- VILALTA, Marc, El padró municipal i els immigrants: un comentari sobre la futura Llei Bàsica del Govern i l'Administració local, en LARIOS, Maria Jesús/NADAL, Mónica (Eds.), *L'estat de la immigració a Catalunya*, anuari 2005, Vol. I, Barcelona, 2006, pp. 115 y ss.
- VON POLLERN, Hans-Ingo, «Die Entwicklung der Asylbewerberzahlen in den Jahren 2007-2008», en *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 2009, pp. 93 y ss.
- WILL, Annegret, *Ausländer ohne Aufenthaltsrecht. Aufenthaltsrechtliche Rahmenbedingungen. Arbeitsrecht. Soziale Rechte*, Baden-Baden, 2008.
- ZACHER, Hans F., «Vorfragen zu den Methoden der Sozialrechtvergleichung», en V. MAYDELL, Bernd/EICHENHOFER, Eberhard (Eds.), *Abhandlungen zum Sozialrecht*, Heidelberg 1993, pp. 329 y ss.
- ZARAUZ, José, *Incidencia del padrón municipal en el ejercicio de los derechos de las personas extranjeras en situación irregular*, Vitoria-Gasteiz, 2007.
- ZULEEG, Manfred, «Die Auswirkung von sozialrechtlichen Tatbeständen

auf ausländerrechtliche Entscheidungen», en BARWIG, Klaus/LÖRCHER, Klaus/SCHUMACHER, Christoph (Eds.), *Soziale Sicherung und Aufenthaltsrecht*, Baden-Baden, 1986, pp. 92 y ss.

- «Die deutsche Nation im Spiegel des Rechts», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1983, pp. 86 y ss.

RESUMEN

En las economías globalizadas la mano de obra inmigrante aparece como un elemento imprescindible para mantener la competitividad de las empresas. El aumento de la inmigración pone a los sistemas de Seguridad Social de los países miembros de la Unión ante el reto de garantizar la protección social y la dignidad de las personas vulnerables en situación irregular. Aunque los derechos sociales mínimos se regulan también en el derecho comunitario y en el derecho internacional público, la competencia sobre la protección social de los inmigrantes sigue estando en manos de los estados miembros. Este trabajo de derecho comparado trata sobre España y Alemania. Responde a la pregunta si los extranjeros en situación irregular tienen acceso a prestaciones sociales y bajo qué condiciones las perciben. Esta no se limita a describir todas las prestaciones de la Seguridad Social, sino que explica la conexión e interrelación entre el derecho social y el de extranjería. En este contexto es de destacar tanto la diferente percepción de la discutida teoría del «*Welfare Magnet Thesis*» en los dos ordenamientos jurídicos, como el valor de las sentencias judiciales a la hora aclarar el marco legal. La obra pretende contribuir a la armonización del derecho migratorio en la Unión.

Palabras clave: Seguridad Social, Dignidad humana, Registro de población, Migrante irregular, Derechos sociales.

LABURPENA

Ekonomia globalizatuetan etorkinen eskulana enpresen lehiakortasuna mantentzeko ezinbesteko elementu gisa agertzen da. Immigrazioaren hazkundeak Batasuneko Estatu kideen Gizarte Segurantzako sistematik erronka berri baten aurrean kokatzen ditu: egoera irregularrean dauden pertsona zaurgarrien babes sozial eta duintasuna bermatzearen erronka. Nahiz eta gutxiengo eskubide sozialak zuzenbide komunitarioan eta nazioarteko zuzenbide publikoan ere arauturik dauden, etorkinen babes sozialari dagokion eskumenak Estatu kideen eskuetan darrai.

Zuzenbide konparatua oinarri duen lan hau Espainia eta Alemaniari buruzkoa da. Ondorengo galderari erantzuten dio: egoera irregularrean aurkitzen diren atzerritarrek ea zerbitzu sozialak eskuragarri dituzten eta, bere kasuan, ea zein baldintzatan jasotzen dituzten. Lan hau ez da mugatzen Gizarte Segurantzako zerbitzu guztien deskribapen soil bat egitera, baizik eta zuzenbide sozial eta atzerri zuzenbidearen arteko lotura eta interrelazioa azaltzen saiatzen da. Inguruabar honetan, azpimarratzekoa da, batetik, bi ordenamendu juridikoek «*Welfare Magnet Thesis*» teoria eztabaidatuaren inguruan duten ikuskera ezberdina eta, bestetik, sententzia judizialek marko legala argitzeko duten balioa. Lan honek Batasunaren migrazio zuzenbidearen harmonizazioan laguntzea du helburu.

Hitz-gakoak: Gizarte-segurantza, Pertsonaren duintasuna, Errolda, Etorikin irregularra, Eskubide soziala.

ÜBERSICHT

Im Zuge der Globalisierung und der vermehrten Zuwanderung von Arbeitskräften in die Europäische Union stehen die Systeme sozialer Sicherheit der Mitgliedstaaten vor der Herausforderung, den sozialen Schutz und die Menschenwürde von Migranten mit fehlendem Aufenthaltsrecht zu gewährleisten. Obwohl soziale Mindestrechte auch auf unions- und völkerrechtlicher Ebene geregelt sind, liegt die soziale Absicherung von Migranten in der Kompetenz der einzelnen Mitgliedstaaten. Diese rechtsvergleichende Arbeit beschäftigt sich mit Deutschland und Spanien. Sie geht der Frage nach, ob Ausländer mit fehlendem Aufenthaltsrecht Anspruch auf Sozialleistungen haben und unter welchen Bedingungen sie diesen Anspruch wahrnehmen können. Hier beschränkt sie sich nicht allein auf die Beschreibung von Sozialleistungen, sondern stellt Zusammenhänge und Wechselwirkungen zwischen Sozial- und Aufenthaltsrecht in den jeweiligen Rechtsordnungen dar. Zusätzlich werden verschiedene verfassungsrechtliche Entscheidungen berücksichtigt. Die vorliegende Arbeit versteht sich als Beitrag für die Schaffung einer Harmonisierung des Migrationsrechts in der Union.

Schlüsselwörter: Soziale Sicherheit, Menschenwürde, Einwohnermeldeamt, Zuwanderer mit unrechtmäßigem Aufenthalt, Menschenrechte.

ABSTRACT

States should make sure that the social security system covers mar-

ginalised groups, including irregular migrants. The welfare state must provide a minimum level of coverage for those without access to social security. Irregular migrants should therefore also access non-contributory benefits, any restrictions must be proportionate and reasonable. This work investigates the social law position of foreigners with irregular resident status in Spain and Germany. A central aim of the study is to find out whether migrants with irregular resident status in two EU member states are essentially entitled to claim social benefits and to what extent they can make use of this right. Claiming benefits can often pose practical problems to beneficiaries, because the latter are required to file an application with the competent authority. This, however, may result in being reported to the foreigners' registration office, which in turn may lead to their expulsion; therefore, contact with public authorities is often avoided. The comparative focus is not, however, confined to a mere description of pertinent benefits in the two country reports, but strives to elaborate elements of interaction and reflexive action between social law and aliens law in both EU member states. This study aims to be a contribution to the migration Law in the European Union.

Key words: Social security, Human dignity, Population register, Irregular migrant, Social rights.

RÉSUMÉ

... Dans une économie mondialisée, la main de œuvre immigrée apparaît comme un élément essentiel pour maintenir la compétitivité des entreprises. L'immigration croissante propose aux systèmes de sécurité sociale des pays membres de l'Union le défi d'assurer le bien-être et la dignité des personnes vulnérables en situation irrégulière. Bien que les droits sociaux minimaux sont également régis par le Droit communautaire et le Droit international public, la compétence relative à la protection sociale des migrants reste toujours dans les mains des États membres. Cet étude de droit comparé sur l'Espagne et l'Allemagne répond à la question de savoir si les étrangers en situation irrégulière ont accès aux prestations sociales et sous quelles conditions ils le font. Il ne se limite pas à décrire toutes les prestations de la sécurité sociale, mais il explique la connexion et l'interrelation entre le Droit social et le Droit sur l'immigration. Dans ce contexte il doit être soulignée la différente perception de la «Welfare Magnet Thesis» dans les deux systèmes juridiques, et la différente valeur des décisions de arrêts des cours à l'heure de clarifier le cadre juridique. Ce travail vise à contribuer à l'harmonisation du droit de l'immigration dans l'Union.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN TIEMPOS DE CRISIS

Mots clés: Sécurité sociale, Dignité humaine, Registre de la population, Migrants en situation irrégulière, Droits sociaux.