

Capítulo XIX

Emigrantes*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

El derecho a emigrar cuenta con una larga tradición en el constitucionalismo. Este derecho fue proclamado por primera vez en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En nuestro país, el derecho a emigrar se reconoció en la Constitución de Cádiz de 1812. No obstante, la formulación más relevante se encuentra en la Constitución republicana de 1931, que garantizaba que «el derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca» (art. 31). De igual modo, se contemplaba la garantía de las «condiciones del obrero español en el extranjero» (art. 46). Durante el Régimen franquista, el Fuero del Trabajo preveía que «el Estado dictará las oportunas medidas de protección del trabajo nacional en nuestro territorio, y mediante Tratados de trabajo con otras Potencias cuidará de amparar la situación profesional de los trabajadores residentes en el extranjero» (Declaración XIV).

Desde el punto de vista legal, el hito normativo a destacar es sin duda la Ley de 20 de diciembre de 1924, que vino a reconocer formalmente (con determinadas excepciones reglamentarias) la libertad de emigración en nuestro país. Esta legislación se mantuvo en vigor hasta la promulgación de la Ley de 3 de mayo de 1960, la cual se encuadraba en una línea continuista y no tenía en cuenta la existencia de emigrantes en el extranjero, ni se refería a los exiliados. Sin duda, el cambio esencial se produjo con la promulgación de la Ley 33/1971, de 21 de julio de 1971, que se ha mantenido vigente

* Por José Eduardo LÓPEZ AHUMADA.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

durante la vigencia de la Constitución de 1978, hasta la promulgación de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, relativa al estatuto de ciudadanía española en el exterior¹. La Ley 33/1971 reconoció la libertad de emigración e introdujo un gran margen de flexibilidad en la materia. En dicho texto legal se contemplaron acciones a favor de los trabajadores emigrantes, dando lugar a un tratamiento novedoso de la emigración desde el punto de vista social. La Ley de 1971 contemplaba medidas de asistencia social al emigrante, y la posibilidad de que éstos se pudieran acoger a planes, operaciones y programas para facilitar el desplazamiento y el acceso al empleo en el país de acogida. No obstante, seguía sin contemplarse el fenómeno de los exiliados².

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

1.2.1. **Ámbito subjetivo y objetivo de protección del artículo 42 CE**

Sin duda, la referencia en la Constitución Española de 1978 (CE) a los derechos económicos y sociales de los trabajadores emigrantes ha supuesto un avance en la política de emigración. Concretamente, dicha mención a los derechos de los trabajadores emigrantes no figuraba en el Anteproyecto Constitucional³, sino que fue en el Informe de la Ponencia⁴, en cuyo artículo 38 se preveía que «el Estado procurará especialmente la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, mediante acuerdos con los países en que se encuentren, todo ello sin perjuicio de orientar su política hacia el reingreso y reinserción de los trabajadores españoles emigrados»⁵.

1. *Vid.* DD Única de la Ley 40/2006.

2. *Vid.* ARAGÓN BOMBÍN, 1980, pp. 60-69.

3. *Vid.* BOCG de 5 de enero de 1978.

4. *Vid.* BOCG de 17 de abril de 1978.

5. Dicho precepto se modificó más tarde en el siguiente sentido: «el Estado procurará especialmente la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, mediante acuerdos con los países en que se encuentren, todo ello sin perjuicio de la obligación de orientar su política hacia el reingreso y reinserción de los trabajadores españoles emigrados». *Vid.* Dictamen de la Comisión, BOCG de 1 de julio de 1978. Posteriormente, y después de pasar el precepto por el Pleno del Congreso de los Diputados y emitido el Dictamen de la Comisión (BOCG 24 de julio de 1978), el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado modificó el numeral del precepto, pasando a ser el art. 42, y siendo su contenido el siguiente: «El Estado velará muy especialmente por la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su repatriación y reintegración en la sociedad». *Vid.* Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado (BOCG 6 de octubre de 1978). Dicha redacción se mantuvo sin cambios durante la lectura del texto en el Pleno del Senado. *Vid.* BOCG de 13 de octubre de 1978. Finalmente, la redacción actual del art. 42 del texto constitucional se acordó en la Comisión Mixta del Congreso-Senado. *Vid.* BOCG de 28 de octubre de 1978.

Actualmente, la Constitución Española, dentro del Capítulo III del Título I, dedicado a los principios rectores de la política económica y social, prevé que «el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno» (art. 42 CE). Este principio rector de la política social y económica está relacionado directamente con el derecho a entrar y salir libremente de España (art. 19 CE) y tiene como misión la protección del emigrante y la promoción de su retorno a nuestro país⁶. Estamos, pues, ante un colectivo que requiere una atención especial por parte de los poderes públicos. Asimismo, el artículo 42 CE está estrechamente relacionado con el artículo 9.2 CE, que contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Finalmente, el artículo 42 CE concuerda igualmente con la proclamación constitucional del derecho al trabajo (art. 35 CE) y con el principio de promoción del progreso social y económico (art. 40.1 CE).

El artículo 42 CE se refiere expresamente, desde el punto de vista de su delimitación subjetiva, al trabajador español en el extranjero, lo cual indica que solamente se protege la emigración de los trabajadores españoles que por razones laborales han abandonado nuestro país o bien a aquellos emigrantes que desean retornar. De este modo, quedarían excluidas del ámbito subjetivo de este precepto otro tipo de emigraciones motivadas por motivo de exilio político. No obstante, como veremos, la Ley 40/2006 ha ampliado significativamente el ámbito subjetivo de protección de la emigración, abarcando cualquier tipo de desplazamiento temporal y no sólo aquellos que supongan un traslado de manera estable a un país extranjero por motivos de trabajo

Si nos centramos en el contenido objetivo del artículo 42 CE, la doctrina científica entiende que podemos distinguir un doble mandato en este precepto. Por un lado, se prevé la obligación de los poderes públicos consistente en salvaguardar los derechos económicos y sociales de los emigrantes; y, por otro lado, exige a dichos poderes públicos que orienten su actuación hacia

6. En este sentido, se ha indicado que «a diferencia de lo que ocurriría en otros tiempos, no tiene como finalidad fomentar la emigración de los españoles, sino que, muy al contrario, considera ésta de una forma desfavorable, centrándose en la protección del emigrante y en el fomento de su retorno» (GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, p. 187).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la consecución del objetivo de su retorno⁷. Por tanto, se determinan cuáles son las actividades a desarrollar por parte de los poderes públicos en materia de emigración y se abstraen los fines esenciales que deben inspirar la legislación en materia de emigración. Y, esta labor de determinación de los fines de los poderes públicos en materia de emigración, se aborda con gran amplitud, sin pormenorizar los cauces y medios concretos que se contemplarán en el correspondiente desarrollo legal del precepto. De este modo, veremos cómo nuestro legislador intenta tutelar efectivamente los derechos sociales para todos los españoles, con independencia del lugar donde residan, entre los que se incluyen los derechos de protección social⁸.

El precepto salvaguarda los derechos sociales de dicho colectivo, lo cual implica, como veremos, la garantía en beneficio de sus titulares de derechos de prestación a cargo de los poderes públicos⁹. Los objetivos de protección se declaran expresamente en el propio precepto constitucional, pero no conocemos los medios concretos para conseguirlos. Dichas medidas serán adoptadas por el legislador para el efectivo disfrute de los derechos económicos y sociales de los emigrantes que se encuentran desplazados temporalmente o que retorna definitivamente. De este modo, se intenta que el trabajador emigrante no sea discriminado por razón de su nacionalidad durante el período que permanece en el extranjero. Al contrario, se permite que reciba un trato igual al que recibiría si hubiese permanecido en nuestro país.

Este precepto constitucional obliga a los poderes públicos a desarrollar una acción positiva orientada a la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los emigrantes, así como el fomento de las posibilidades reales de retorno. En este sentido, las Administraciones públicas competentes en la materia tienen que ejercer un papel protagonista en la protección de los trabajadores españoles en el extranjero, sin que puedan inhibirse del cumplimiento del citado mandato constitucional. Si bien se ha apuntado que el artículo 42 CE «no impone al Estado una salvaguardia plena y efectiva de los derechos del emigrante, sino unas actividades tendenciales»¹⁰, conviene

7. *Vid.* ROJO TORRECILLA, 2002, pp. 1531 y ss.

8. En este punto, se ha indicado que esta obligación del Estado tiene que cumplirse «como si se tratara de una responsabilidad por actos propios por la imposibilidad del Estado de garantizar la efectividad del derecho al trabajo de los españoles (la emigración como una imposición económica)» (OLARTE ENCABO, 1999, pp. 1936 y ss.).

9. En relación a la salvaguardia de los derechos sociales de los emigrantes, desde el punto de vista de la delimitación objetiva del art. 42 CE, puede consultarse a PECES-BARBA, 1998, p. 32. En este sentido, se ha subrayado acertadamente que el art. 42 CE es un precepto que fija los fines, pero no los medios para obtenerlos (CORTE HEREDERO, 2008, p. 1063).

10. *Vid.* GÁLVEZ, 1985, p. 785.

apuntar que el Tribunal Constitucional entiende que los mandatos contenidos en el artículo 42 CE no son meras intenciones o normas sin contenido, sino que se trata efectivamente de reglas de actuación que deben informar todas las actuaciones de los poderes públicos por aplicación del artículo 53 CE¹¹.

Por ello, a pesar de tratarse de uno de los principios de la política social y económica, se trata de un mandato que orientará la actividad de los poderes públicos. Concretamente, el artículo 53 CE dispone que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Ello significa que no estamos ante una mera proclamación o norma en blanco, sino que se trata de una auténtica norma jurídica que contiene derechos subjetivos exigibles en conjunción con las disposiciones de desarrollo que conforma nuestro Estado social y democrático de Derecho¹². Como el TC ha

-
11. En este sentido, el TC entiende que «desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, F. 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE». *Vid.* SSTC 95/2000 y 19/1982. Asimismo, RIVERA SÁNCHEZ, 2002, pp. 79-80 y KAHLE CARRILLO, 2004, pp. 135 y ss. No obstante, en materia de protección del emigrante, falta en la doctrina del TC pronunciamientos concretos respecto al art. 42 CE. Ello se debe a que dicho precepto «se configura como un principio rector de la política social y económica. Ciertamente, tal circunstancia hace que los trabajadores emigrantes no puedan formular recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra su infracción o incumplimiento». *Vid.* CORTE HEREDERO, 2008, p. 1066. Ciertamente, las sentencias del TC que analizaremos a lo largo del trabajo se basan en recursos de amparo, cuyo fundamento reside en la posible infracción de derechos fundamentales como la igualdad (art. 14 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) o el derecho a la prueba (art. 24.2 CE).
 12. En este sentido, se ha apuntado que estos principios «concretan la vertiente de los derechos fundamentales en calidad de principios objetivos del ordenamiento y actúan los postulados del Estado social y democrático de Derecho» (DE LA VILLA GIL, 2004, p. 698). Igualmente, han sido calificados gráficamente por la doctrina como «derechos aparentes» (JIMÉNEZ CAMPO, 1996, pp. 519 y ss.). Estamos, ante un principio, que puede ser considerado a efectos de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las propias leyes, motivando posibles fallos del TC en la garantía de estos derechos económicos y sociales. Incluso, el propio TC ha afirmado que «no cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género [...] ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida». *Vid.* STC 45/1989, FJ 4.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

señalado, estos principios rectores, a pesar de su mayor o menor generalidad en su contenido normativo, contienen proposiciones de carácter vinculante¹³, aunque ciertamente, en el tema que nos ocupa el artículo 42 CE concede un amplio margen de actuación al legislador.

Como hemos dicho, el objeto de la protección de los poderes públicos comprende expresamente a los derechos de naturaleza económica y social del emigrante. No obstante, como veremos en el análisis del desarrollo normativo del artículo 42 CE, este contenido se entiende superado y abarca a otros derechos civiles de los emigrantes. Por tanto, el legislador vela por la tutela de todos los derechos del emigrante en cuanto su condición de ciudadano español en el extranjero. En este sentido, podemos destacar determinados derechos, como el derecho de sufragio, petición, derecho de asociación en el extranjero, derecho a la asistencia educativa y formación profesional, etc. Con todo, el peso específico de la protección gravita sobre los derechos de contenido económico-social, mediante la organización de servicios asistenciales o la extensión del sistema de Seguridad Social a los emigrantes.

1.2.2. Distribución constitucional de competencias en materia de emigración

Otro de los aspectos importantes de la regulación constitucional es la distribución de competencias en emigración. En esta materia, como en muchas otras, se refleja el carácter complejo de nuestro Estado, en el que están presentes distintas instituciones que pueden actuar en la política de emigración. De este modo, la protección de los intereses económicos y sociales de los emigrantes que residen en el extranjero pueden ser atendidos por varias Administraciones, que concurren en la distribución de las competencias. Con todo, conviene indicar que esta concurrencia competencial está prevista constitucionalmente, distribuyéndose ordenadamente las competencias, aunque, como veremos, existen aspectos en los que puede producirse un cierto solapamiento¹⁴.

Concretamente, la competencia en materia de emigración se atribuye expresamente en el artículo 149.1.2ª CE, donde se prevé que el Estado ostenta la competencia exclusiva en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y asilo. A su vez, conviene apuntar que si bien es cierto que el artículo 42 CE hace referencia a los «trabajadores emigrantes», como aspecto de carácter laboral, en materia de reparto de competencias entre

13. *Vid.* SSTC 14/1992 (FJ 11), 233/2007 (FJ 7) y 247/2007 (FJ 13).

14. Se entiende que con el fin de «garantizar la correcta convivencia de tales Administraciones se establece un sistema de distribución competencial que no siempre es sencillo de delimitar en sus contornos». *Vid.* GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, p. 189.

Estado y las Comunidades Autónomas, la Constitución aísla de forma nítida la competencia estatal en materia de emigración de la competencia del Estado en el ámbito de la legislación laboral (art. 149.1.7^a CE). Como sabemos, dicho precepto confiere al Estado las competencias normativas sobre la legislación laboral, con exclusión de las Comunidades Autónomas, las cuales únicamente podrán realizar funciones ejecutivas¹⁵. En cambio, en materia de emigración la competencia se reserva en exclusiva al Estado, en la medida en que dicha política está estrechamente relacionada con otras prerrogativas ostentadas en su totalidad por el Estado, como son las relaciones internacionales u otras materias de proyección exterior.

Por tanto, la distribución de competencias prevista constitucionalmente en relación a la emigración sitúa al Estado como sujeto responsable del cumplimiento de los objetivos del artículo 42 CE. Según el TC, el título competencial de la emigración se configura como una reserva competencial determinada a favor del Estado¹⁶, y ello supone, como ha subrayado la doctrina, la exclusión dentro del término Estado a las organizaciones propias de las Comunidades Autónomas que lo integran¹⁷. Estaríamos, pues, ante una manifestación del principio de territorialidad, que justificaría la reserva estatal de la emigración.

A pesar de la reserva estatal en materia de emigración, ello no quiere decir que las Comunidades Autónomas no tengan nada que decir en la materia, o en otras palabras, dicha reserva no tiene carácter absoluto. En este sentido, las Comunidades Autónomas no están excluidas de las políticas de emigración, sino que podrán implementar acciones a favor de los emigrantes en el ejercicio de sus competencias en materia de asistencia social y promoción de la cultura. La posible acción de las Comunidades Autónomas en materia de emigración se realiza de forma indirecta, en virtud de las competencias en materia de servicios sociales¹⁸ (asistencia social, art. 148.1.20^a CE) o promoción cultural (art. 148.1.17^a CE). En base a estos títulos competenciales del artículo 148.1.17^a y 20^a CE, las Comunidades Autónomas incorporan en sus Estatutos de Autonomía principios rectores en materia de protección

-
15. En este sentido, debemos destacar que la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación laboral tiene que ser interpretada en sentido amplio, esto es, se refiere tanto a la elaboración de leyes y reglamentos. *Vid.* STC 360/1993.
 16. *Vid.* SSTC 35/1982, 154/1985, 165/1994 y 195/1996.
 17. *Vid.* CASAS BAAMONDE, 1988, pp. 99-138.
 18. En este sentido, podemos destacar la extensión de los servicios sociales en determinadas Comunidades Autónomas, como sucede en el caso de Asturias, cuya Ley 1/2003, contempla determinadas acciones en materia de servicios sociales respecto de los emigrantes asturianos y sus descendientes (SUÁREZ CORUJO, 2004).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de los derechos económicos y sociales de sus emigrantes¹⁹, así como competencias expresas que permiten actuaciones orientadas a la protección de sus emigrantes y a la implementación de medidas que faciliten su retorno.

En cualquier caso, las acciones de las Comunidades Autónomas en materia de protección de los emigrantes tendrán que respetar ineludiblemente las directrices estatales en esta materia asumidas en aplicación de los artículos 42 y 149.1.2ª CE. El ejercicio de las competencias en la materia por parte de las Comunidades Autónomas tiene que respetar la política estatal de emigración, sin incidir en aspectos civiles, laborales o de Seguridad Social.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

Como ha indicado la doctrina, la ordenación de la emigración tiene «múltiples y complejas implicaciones de Derecho Internacional»²⁰. La emigración se regula en distintos textos internacionales. En el ámbito internacional destacamos la regulación de las distintas modalidades de regímenes emigratorios en los siguientes instrumentos: Convenio n° 97 de la OIT y Convenio n° 143 de 1975 de la OIT, ambos sobre trabajadores migrantes, la Recomendación n° 19 de la OIT, de 18 de octubre de 1922 y la Reglamentación de Migraciones, Ginebra, 1928. Asimismo, destacamos el Convenio n° 66 sobre reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los emigrantes, el Convenio n° 97, sobre trabajadores emigrantes, ratificado por España en virtud de Instrumento de 23 de febrero de 1967, el convenio n° 117, sobre normas y objetivos básicos de la política social, ratificado por Instrumento de 19 de febrero de 1972, y convenio n° 143, sobre emigraciones en condiciones abusivas y promoción de igualdad de condiciones y trato de los trabajadores migrantes. Estos convenios se encuadran dentro de una de las líneas especiales de acción de la OIT, y cuya regulación incide en la búsqueda de un estándar de justicia social que ordene el flujo de las migraciones de trabajadores. Debido a los múltiples problemas que los desplazamientos transfronterizos plantean, estos convenios articulan una estrategia conjunta sobre los derechos de los trabajadores migrantes y, en particular, sobre sus condiciones laborales y de protección social, que aspiran a merecer el calificativo de decentes²¹.

19. Así, se prevén cláusulas en los Estatutos de Autonomía relativas a «la participación en la vida social y cultural de la Comunidad Autónoma de que se trate, o la garantía del derecho a vivir y trabajar en la propia tierra, fundamentan la acción de algunas Comunidades Autónomas dirigida a procurar una adecuada atención a sus emigrantes y a fomentar su retorno» (GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, p. 190).

20. *Vid.* MONTOYA MELGAR, 1975, p. 8. En este sentido, puede consultarse GONZÁLEZ CAMPOS, 2003.

21. En relación a la interpretación de los convenios internacionales en materia de trabajadores migrantes destacamos los trabajos del Comité de protección de los derechos

De igual modo, es preciso tener en cuenta los tratados y acuerdos internacionales de carácter bilateral en materia de emigración acordados por España con los países de acogida²². Obviamente, en algunos casos, la celebración de convenios bilaterales de Seguridad Social será muy difícil debido a las diferencias sustanciales existentes entre los sistemas de Seguridad Social, que impide la plasmación del principio de reciprocidad (por ejemplo, la imposibilidad de convenio entre España y Cuba). No obstante, el Estado español ha suscrito diversos Convenios internacionales en materia de Seguridad Social, por ejemplo, con Argentina (BOE de 19 de diciembre de 2002), Brasil (BOE de 15 de enero de 1996), Chile (BOE de 25 de marzo de 1998), Méjico (BOE de 17 de marzo de 1995), Federación de Rusia (BOE de 24 de febrero de 1996), etc. Se trata, en definitiva, de una serie de tratados internacionales que tienen como objetivo la coordinación de las legislaciones en materia de Seguridad Social de dos Estados soberanos y son, en la práctica, un instrumento jurídico que garantiza un mayor grado de eficacia en materia de garantía de los derechos sociales. En el caso español, es preciso destacar que estamos ante un ejemplo de uso intensivo de los convenios bilaterales de Seguridad Social, debido a razones sociales, económicas, políticas y, principalmente, por motivos de lazos históricos y culturales con distintos países. Ciertamente, estos convenios son el núcleo originario del Derecho internacional de la Seguridad Social y permiten solucionar distintos conflictos jurídicos de aplicación en materia de protección social en beneficio de los emigrantes españoles.

Por lo que se refiere a la ordenación de la emigración en el espacio europeo, destacamos el Convenio europeo de 24 de noviembre de 1977, sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, ratificado por España mediante Instrumento de 29 de abril de 1980. Dicha regulación ordena la situación de los trabajadores emigrantes a fin de asegurarles un tratamiento que no sea menos favorable que el que disfrutaban los trabajadores nacionales del Estado de acogida en materia de condiciones de vida y trabajo. De este

de todos los trabajadores migrantes y de sus familias. En especial, La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Naciones Unidas, Ginebra, 25 a 29 de abril de 2005.

22. En ese sentido, se entiende que por el «carácter internacional, el Estado no se encuentra en condiciones de garantizar la salvaguardia de aquellos derechos que hayan de reconocerse y tutelarse por un Estado extranjero; pero lo que sí puede y deberá exigirse al Estado español es una actitud de diligente intervención diplomática en protección de los derechos del emigrante en los distintos países. Todo ello hay que entenderlo sin perjuicio de la tutela efectiva de los derechos que, por su propia condición, haya de disfrutar el emigrante en el territorio español» (GÁLVEZ, 1985, p. 786).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

modo, el objetivo esencial es facilitar la promoción social y el bienestar de los trabajadores emigrantes y de los miembros de sus familias.

1.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Actualmente, el desarrollo normativo del artículo 42 CE se encuentra en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre (BOE del 15)²³, relativa al estatuto de ciudadanía española en el exterior. Esta disposición normativa, que ha venido a derogar a la Ley de 21 de julio de 1971²⁴, contempla la regulación de las condiciones básicas que garantizan a los ciudadanos españoles residentes en el exterior el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, en términos de igualdad respecto de los españoles residentes en nuestro país. La Ley 40/2006, dictada al amparo de la competencia exclusiva en materia de emigración (art. 149.1.2ª CE), contiene los principios básicos de la acción protectora del Estado, que velará por la mejora de las condiciones de vida de los españoles en el extranjero (arts. 1 y 3 Ley 40/2006). El Consejo Económico y Social (CES), en el momento de valorar el Anteproyecto de Ley, consideró muy positiva dicha regulación, debido a que contenía el régimen de «derechos y deberes de los ciudadanos españoles que residen en el extranjero, de los que ejercen los derechos de libre circulación en el ámbito de la Unión Europea, de los que se desplazan temporalmente al exterior, así como de los emigrantes retornados y de los familiares de los anteriores. Asimismo, considera[ba] positiva la definición de los principios de una política integral de retorno, en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, así como el marco básico de referencia para la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y, a su vez, la colaboración con los agentes sociales, las organizaciones y asociaciones de emigrantes y retornados»²⁵.

Sin duda, uno de los logros principales de esta Ley es la sistematización en un mismo cuerpo legal de la regulación dispersa existente en materia de emigración, ordenando los derechos y prestaciones sociales en función de su

23. Ley dictada en aplicación del art. 149.1.2ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de emigración.

24. *Vid.* DD Única de la Ley 40/2006.

25. En este mismo sentido, el órgano consultivo entiende que el art. 1, que se refiere al objeto y finalidad de la Ley, debería hacer «mención expresa a que la Ley tendrá como objeto la adopción de las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan hacer efectivos estos derechos y deberes. Además, en aras de un adecuado cumplimiento del artículo 42 de la Constitución, el CES considera que el apartado 2º de este artículo debería aludir a que la acción protectora del Estado debe velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los ciudadanos españoles residentes en el exterior» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, pp. 5 y 7).

naturaleza. Sin duda, ello redundará en beneficio del principio de seguridad jurídica. Sin embargo, dicho texto legal necesita lógicamente de una labor de concreción normativa, en virtud de su correspondiente desarrollo reglamentario, con el fin de hacer efectivos los derechos regulados (DF 3ª)²⁶. La Ley 40/2006 aborda un conjunto de materias de forma interdisciplinar, abarcando aspectos jurídicos de diversa naturaleza. Por ello, esta disposición normativa se encuentra afectada por distintas normas de carácter legal y reglamentario, previas incluso a su entrada en vigor, que iremos citando a lo largo del presente estudio. En este sentido, y en relación a las disposiciones legislativas que concurren con la Ley 40/2006, es preciso señalar la proyección de la LGSS, que contiene distintas previsiones normativas relativas a la protección de los trabajadores emigrantes en el ámbito de la protección social y que tendremos oportunidad de analizar posteriormente²⁷.

No obstante, y sin perjuicio de su posterior estudio detallado, conviene referirse al desarrollo reglamentario más de dicha Ley. En este sentido, vamos a citar dos reglamentos de desarrollo. El primero de ellos es el Real Decreto 230/2008, de 15 de febrero, relativo al Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior. Concretamente, dicha norma aborda la ordenación del derecho a la participación de los emigrantes en los órganos consultivos de la emigración y, especialmente, define la naturaleza y atribuciones del citado Consejo, que actúa como órgano de carácter consultivo y asesor, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Dirección General de Emigración²⁸. Dicho órgano de participación institucional está llamado a garantizar la efectividad del derecho de los españoles residentes en el exterior, influyendo en los asuntos que les conciernen y promover la colaboración de las Administraciones Públicas en materia de atención a la ciudadanía española en el exterior y personas retomadas.

26. Precisamente, ésta ha sido una de las críticas del CES al Anteproyecto de Ley, que a juicio del órgano consultivo adolecía de «una excesiva generalidad en sus planteamientos, incluso para una norma de este carácter, concebida como una suerte de compendio general básico de derechos y obligaciones de los españoles en el exterior. Como se concretará en las observaciones al articulado, ello dificulta vislumbrar el alcance de algunas de sus previsiones, [...] el Estatuto debería precisar con más claridad las situaciones objeto de protección y las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos y obligaciones que comprende» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 5).

27. *Vid.* arts. 7, 167, 203, 208, 215, 217 y DA 1ª LGSS.

28. Este órgano consultivo sustituye al Consejo General de la Emigración, cuya regulación está contenida en el capítulo II del RD 1339/1987, sobre cauces de participación institucional de los españoles residentes en el extranjero, modificado por los RR DD 597/1994 y 2022/1997 y desarrollado por la Orden de 3 de junio de 1998.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El segundo reglamento de desarrollo es el Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, regulador de la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados. Dicho decreto desarrolla el capítulo II del Título I de la Ley, que contempla los derechos sociales y prestaciones de los emigrantes y tiene como finalidad garantizar el derecho al acceso a la protección social de este colectivo. De este modo, el reglamento concreta el sistema de protección por razón de necesidad para los beneficiarios que incluye, además de la prestación económica por ancianidad o incapacidad, la protección sanitaria. Concretamente, esta disposición reglamentaria prevé la prestación por razón de necesidad a favor de los residentes en el exterior y retornados, reconociendo una serie de prestaciones sociales: prestación económica por ancianidad para mayores de sesenta y cinco años, prestación económica por incapacidad absoluta para todo trabajo y asistencia sanitaria.

Asimismo, es preciso indicar que algunas Comunidades Autónomas han recogido en sus Estatutos de Autonomía referencias a la protección de sus emigrantes, así como la necesidad de velar por su retorno. Siempre, claro está, respetando la competencia estatal en materia de protección económica y social del trabajador emigrante (arts. 42 y 149.1.2^a CE)²⁹. Especialmente importantes son las llamadas a la emigración que se realizan en los Estatutos de Autonomías de Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco, La Rioja, Ceuta y Melilla. Se trata de referencias expresas a la atención solidaria, mediante la promoción de ayudas a los emigrantes en el exterior (art. 254.3 EA de Andalucía, art. 49.1.27^a EA de Valencia, art. 26.1.23 EA de Madrid, art. 7.1 EA de Murcia, art. 8.1.31 EA de La Rioja). Estas declaraciones, recogidas en muchos casos en el apartado de competencias propias de la Comunidad Autónoma, sirven de asiento a la normativa de desarrollo del correspondiente Estatuto de Autonomía y son el fundamento de los planes autonómicos de colaboración en materia de emigración. Igualmente, dichas proclamaciones contienen una obligación por parte de la Comunidad Autónoma de crear las condiciones que faciliten el regreso a la Comunidad Autónoma de sus emigrantes [art. 6.2.i) EA de Extremadura, art. 4.4.e) EA de Castilla-La Mancha, art. 8.3 EA de Castilla y León].

Asimismo, algunas Comunidades Autónomas han aprobado leyes específicas relativas a la atención de los emigrantes en el exterior. Se trata de dispo-

29. Un análisis más profundo del contenido de dichos Estatutos Autonomía de las Comunidades Autónomas citadas en materia de emigración puede consultarse en GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, pp. 190 y ss.

siones normativas de desarrollo de los respectivos Estatutos de Autonomía, que pretenden mantener vivos los vínculos de las distintas Comunidades Autónomas con sus emigrantes. Especialmente, dicho objetivo se asegura mediante coordinación con el Gobierno de la Nación y otras Comunidades Autónomas, la colaboración con las autoridades del país de acogida, así como mediante el fomento de las relaciones con el movimiento asociativo de emigrantes. En este punto, se han constituido distintos registros de comunidades de emigrantes de ámbito de Comunidad Autónoma. En este sentido, destacamos la Ley 6/2009, de 17 de diciembre, del Estatuto de los Extremeños en el Exterior, la Ley 8/2006, de 24 de octubre, sobre el Estatuto de los Andaluces en el Mundo o la Ley 5/2000, de 28 de noviembre, de Comunidades Aragonesas en el Exterior.

2. FUNDAMENTO

2.1. NECESIDADES ESPECÍFICAS DEL COLECTIVO

La finalidad de la regulación constitucional del artículo 42 de la CE es la protección de la persona del emigrante. Si bien es cierto que actualmente España se ha convertido en un país de acogida de inmigrantes, no debemos olvidar la situación de los españoles residentes en el exterior. Como sabemos, la migración responde a determinados factores de carácter histórico, económico y social³⁰. En nuestro país, el proceso de emigración se produjo especialmente en el siglo XX debido a razones políticas, derivadas de las circunstancias inherentes al exilio, o por razones económicas, debido a la necesidad de emigrar para buscar un trabajo digno y mejores condiciones de vida³¹. En

30. Ciertamente, los fenómenos emigratorios se producen como consecuencia de factores económicos y sociales en los Estados de origen. En este contexto es especialmente importante la ordenación jurídica que los Estados dan a estas manifestaciones de la emigración. Como se ha indicado se trata de una constante histórica que rompe cualquier barrera política o jurídica que se quiera interponer (ALONSO OLEA, 1966, p. IX).

31. La Exposición de Motivos de la Ley 40/2006 recuerda que «durante los siglos XIX y XX, en diversos períodos, se produjeron oleadas de exiliados políticos de distintas orientaciones y signos; asimismo, como consecuencia de la Guerra Civil española y de la dictadura, a partir de 1939 comienza a producirse un éxodo de refugiados políticos y una emigración de carácter económico a otros países, motivada por las duras circunstancias de la posguerra que se viven en España, y atraída por las buenas perspectivas de trabajo y el mayor nivel de vida derivado del crecimiento económico existente en esos países». Por su parte, el CES insiste en que «la emigración española ha constituido un fenómeno político, social y económico que ha caracterizado la historia de España, en especial desde la segunda mitad del siglo XIX hasta más allá de mediados del siglo XX. A su vez, a partir de la década de los setenta se produjo un fenómeno de signo contrario al anterior, como es el regreso o retorno de los

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

este sentido, se ha afirmado que la emigración de los años setenta respondía a la necesidad de absorber el excedente de mano de obra de la economía española.

Aun hoy en día la emigración española es sumamente importante³². En este sentido, se calcula que cerca de 1.413.353 de españoles residen en el extranjero, siendo los focos especiales de residencia los países de la Unión Europea (638.419) o de América del Sur (561.041)³³. Estas cifras indican que estamos ante un colectivo muy numeroso que tendrá que ser atendido por las Administraciones públicas competentes, que velarán por el respeto de los derechos de los emigrantes debido a su condición de ciudadanos españoles³⁴. La emigración sigue siendo un fenómeno importante y sigue desarrollándose bajo distintos fundamentos y circunstancias. Actualmente, conviene destacar que las migraciones más significativas se producen en el ámbito de la Unión Europea, debido a la proyección del principio comunitario de libertad de circulación de personas.

Como podemos apreciar, el artículo 42 CE es una norma que se enmarca dentro de los principios rectores de la política social y económica (Tít. I, Cap. 3º), previsión que necesita lógicamente del correspondiente desarrollo legal. Tradicionalmente, se ha destacado el «alcance limitado que en el terreno normativo tienen estos preceptos»³⁵. Sin embargo, conviene apuntar la importancia de una norma como el artículo 42 CE, que viene a fundamentar jurídicamente la adopción de disposiciones normativas que tratan de dar una respuesta equitativa al fenómeno de la emigración, especialmente al supuesto de favorecer las condiciones concretas del retorno.

Ciertamente, el artículo 42 CE obliga a los poderes públicos a proteger a los emigrantes, como veremos, ello va a suponer el reconocimiento de determinados derechos civiles y sociales, así como el reconocimiento de pres-

españoles emigrantes» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 2).

32. *Vid.* DE LUCAS MARTÍN, 2004.

33. *Vid.* Anuario de Migraciones, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2002. Por su parte, el CES estima que «son en torno a 1,5 millones los españoles y sus descendientes que residen fuera de España» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 2).

34. En este sentido, la DA 1ª de la Ley 40/2006 ha creado el Portal de Ciudadanía Española en el Exterior, como espacio de información general en la materia; <http://www.ciudadaniaexterior.mtas.es/>.

35. Ello se deduce del tenor literal del precepto «los poderes públicos promoverán y El Estado velará, respectivamente, que están muy lejos de ser palabras que se utilicen en el lenguaje jurídico para imponer obligaciones. Ello es lógico si se observan algunos de los fines propuestos» (ALZAGA VILLAAMIL, 1978, pp. 315-316).

taciones sociales básicas. Ciertamente, en el caso de la emigración a países extracomunitarios el Estado deberá alcanzar acuerdos y convenios internacionales con los países de acogida. Sin embargo, en materia de emigración en el seno de la Unión Europea «los desplazamientos migratorios de los ciudadanos de los países miembros se rigen por las normas relativas a la libre circulación de trabajadores»³⁶, y, en este contexto existe un estándar mínimo en materia de protección social, dada la necesidad de establecer medidas coordinadas entre todos los Estados miembros para canalizar la atención a la emigración (art. 63 TUE)³⁷.

Ciertamente, en el momento de la aprobación de la Constitución, su artículo 42, al referirse a «trabajadores españoles en el extranjero» se estaba refiriendo a un supuesto muy concreto de emigración, que no tienen presente el desplazamiento temporal en el extranjero. En otras palabras, dicho precepto no «está contemplando el supuesto de una presencia ocasional o por motivos extralaborales, sino que repara en los españoles que sean trabajadores fuera del territorio español»³⁸. Esta visión actualmente se ha visto desbordada por el desarrollo legislativo del precepto, que no es más que una evolución que tiene presente el contexto actual del Derecho de la emigración³⁹.

En cualquier caso, es preciso destacar que la Ley 40/2006 se adapta perfectamente al contenido genérico y amplio del artículo 42 de la Constitución, y ha supuesto un avance significativo en la concepción tradicional que el legislador ordinario ha tenido sobre el fenómeno de la emigración. Esta nueva interpretación tiene lógicamente consecuencias jurídicas concretas. El legislador no piensa ya únicamente en los españoles que trabajen en el extranjero. La Ley 40/2006 considera emigrantes a todos los españoles que residan fuera del territorio nacional, a los españoles que ejerzan los derechos a la libre circulación, a los desplazados temporalmente al exterior, a los emi-

36. *Vid.* GALIANA MORENO, 1995, p. 2709.

37. En este sentido, ha sido crucial en materia de emigración en el seno de la Unión Europea la aplicación del Derecho comunitario originario y derivado que garantizan el respeto de la libertad de circulación de trabajadores y la protección de sus familiares. Precisamente, se ha afirmado que «los emigrantes españoles en la Europa comunitaria dejaron de ser ciudadanos de segunda clase, decayó la razón de ser de numerosos convenios bilaterales en materia de emigración y de Seguridad Social que se habían suscrito principalmente en la década de los sesenta-, y pasaron a gozar de los mismos derechos y a deber cumplir con las mismas obligaciones que el resto de ciudadanos comunitarios» (ROJO TORRECILLA, 2002, p. 1549).

38. *Vid.* GÁLVEZ, 1985, p. 785.

39. En este punto, se considera que nuestro país tiene una larga experiencia en materia de emigración, y nuestros poderes públicos han prestado una especial atención a la tutela de nuestros trabajadores en el extranjero (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2000, p. 1).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

grantes retornados y a los familiares de los colectivos anteriormente indicados en determinadas condiciones (art. 2). Ciertamente, la configuración de la emigración responde a otras motivaciones, puesto que cada vez con mayor intensidad se cubren mejor las necesidades básicas de los ciudadanos. Como podemos observar, ello supone un cambio sustancial del concepto jurídico de emigrante⁴⁰. Sin duda, se produce una ampliación significativa respecto del concepto de emigración y del contenido subjetivo de protección previsto en la Ley 33/1971, que se refería únicamente a los españoles que se trasladaban a un país extranjero por motivos de trabajo de manera estable, así como a sus familiares a cargo⁴¹. Igualmente se desmarca decididamente del concepto de emigración empleado por el Convenio n° 143 OIT, que se vincula más a la dimensión laboral del fenómeno, ya que se entiende por trabajador migrante a «toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante».

Actualmente, el desplazamiento a otros países responde a otras motivaciones de carácter personal y profesional. Debido a las características de la emigración actual, el legislador ordinario ha ampliado decididamente el ámbito subjetivo del estatuto del emigrante, incluyendo entre los beneficiarios de los derechos y prestaciones reconocidos a todos los españoles en el exterior. Ello supone acoger en materia de emigración tanto a los emigrantes, como a los desplazados y a los familiares de ambos⁴², esto es, a todos los

-
40. Esta regulación conviene confrontarla a título de ejemplo con la prevista en el art. 1.2 de la Ley 23/1971, que como sabemos ha estado vigente durante la etapa constitucional y hasta la promulgación de la Ley 40/2006. En este punto, y en materia de acción protectora del Estado, se referiría «a los españoles que se trasladen a un país extranjero por causas de trabajo, profesión o actividad administrativa, siempre que en su ejecución o ejercicio hayan de observarse, totalmente o a determinados efectos, disposiciones laborales o de Seguridad Social que rijan en dicho país o en España; b) a los familiares que los emigrantes tengan a su cargo o bajo su dependencia; e) al conjunto o colectividad de españoles, y a cada uno de ellos individualmente considerado, residentes o establecidos, definitiva o temporalmente, en un país extranjero por las causas antes indicadas».
41. En este sentido, la tesis tradicional de emigrante se refería al «traslado de personas aisladas o núcleos reducidos a un país extranjero para establecerse con carácter permanente y viviendo de su propio esfuerzo» (GONZÁLEZ ROTHVOS, 1960, p. 302). En este mismo sentido, se considera que tres requisitos califican la emigración «traslado a un país extranjero, móvil laboral de expatriamiento. sometimiento de la actividad del emigrante al dominio de disposiciones laborales o de Seguridad Social» (GALIANA MORENO, 1975, pp. 17-ss, y 1995, p. 2708).
42. No obstante, a juicio del CES, «no siempre ese propósito expresado en la Exposición de Motivos se traslada al texto del Anteproyecto que, en ocasiones, parece excesivamente orientado hacia la figura del emigrante en su acepción más tradicional» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, pp. 5-6). En este punto, conviene

colectivos que representan el fenómeno migratorio de nuestro tiempo (p. ej., profesionales liberales establecidos en otros países, trabajadores de empresas privadas españolas en el extranjero, funcionarios públicos y trabajadores de las Administraciones en el exterior, cooperantes, etc.)

2.2. LA PROTECCIÓN DEL EMIGRANTE COMO OBJETIVO DE LA POLÍTICA SOCIAL: IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

Sin duda, nuestra Constitución intenta proteger los derechos económicos y sociales de todos los españoles, incluidos aquellos que se encuentran en el extranjero por distintas motivaciones de carácter personal, laboral o profesional. Ello supone que los derechos sociales y la acción protectora tienen que proyectarse igualmente sobre los españoles en el exterior a los efectos de asegurar el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE). En este punto, se ha afirmado que «la especialidad de la igualdad de trato en el caso de los trabajadores migrantes deriva precisamente de los posibles perjuicios que su condición de extranjero ocasione a ese trabajador»⁴³. Así pues, los poderes públicos tendrán que adoptar las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan la eficacia del ejercicio de los derechos y deberes constitucionales de los españoles residentes en el extranjero en condiciones de igualdad con los españoles residentes. Esta protección particular responde a la especial condición y caracteres peculiares de los emigrantes españoles, que justifica un tratamiento específico y diferenciado por parte de los poderes públicos⁴⁴.

El colectivo de trabajadores residentes en el extranjero merece ciertamente una atención especial por parte de los poderes públicos, máxime si tenemos en cuenta que gran parte del fenómeno emigratorio se debe a razones económicas y de índole laboral a las que no da respuesta el propio Estado y que determinan la salida de sus ciudadanos del país. Desde el punto de vista

indicar que en relación al art. 2 de la Ley 40/2006, el CES propuso la agrupación de los colectivos «estableciendo de manera clara que [la Ley] es de aplicación tanto a los españoles residentes fuera del territorio nacional, como a los españoles que se desplazan al exterior» (pp. 7-8 del Dictamen).

43. *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1982, pp. 29 y ss.

44. En relación a las diferencias de trato, cabe destacar la STC 34/2004, en la que se cuestiona la diferencia de trato retributiva de un trabajador de nacionalidad española que trabajaba en la Oficina Comercial de España en Belgrado, en relación con los trabajadores yugoslavos que realizaban idéntica función. El TC vino a desestimar la demanda dado que se trataba de diferentes legislaciones aplicables, sin que el demandante aportara información sobre el contenido de las normas respecto de las cuales se derivaba un trato desigual. Ello supone que la diferencia retributiva alegada por el demandante en amparo resultaba desprovista de una justificación objetiva y razonable en observancia del art. 14 CE.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sociológico, conviene apuntar que generalmente los trabajadores emigrados trabajan por cuenta ajena y minoritariamente por cuenta propia, y si bien es cierto que normalmente ocupan trabajos declarados en el sector de la industria y los servicios, también existen emigrantes empleados en trabajos de economía sumergida, dadas las condiciones particulares de los países de origen. Desde el punto de vista de los niveles de renta, conviene apuntar que generalmente se encuentran en situaciones próximas a la pobreza, siendo el ingreso medio anual de doce mil euros, lo cual dificulta las posibilidades de retorno a nuestro país. Según la tradición española, la mayoría de las familias tiene vivienda en régimen de propiedad, aunque los nuevos jóvenes emigrantes encuentran problemas de acceso a la vivienda, y acuden mayoritariamente al alquiler.

Sin duda, el colectivo de emigrantes encuentra grandes dificultades, por ejemplo, en el caso de la emigración a Iberoamérica. En este punto, conviene indicar que estos países se encuentran actualmente sometidos a procesos de crisis económica y social, sin olvidar un dato objetivo que es el envejecimiento de los emigrantes españoles, que requieren mayores atenciones sociales, que en muchos casos no son atendidas por los Estados de acogida. Concretamente, la mitad de los emigrantes residentes en países iberoamericanos son mayores de sesenta y cinco años⁴⁵. Ello requiere por parte de los poderes públicos una atención especial, así como la necesidad de analizar la situación concreta de los españoles que viven fuera de nuestro país, esto es, es preciso conocer a fondo sus necesidades sociales y sus reivindicaciones prioritarias para el ejercicio en el extranjero de sus derechos como ciudadanos españoles.

En este sentido, conviene indicar que internacionalmente se contempla el principio de no discriminación de los emigrantes como máxima a observar por las legislaciones de los Estados. El Convenio n° 97 de la OIT, en materia de igualdad de trabajo, contempla la obligación de «aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza o religión o sexo, un trato no menos favorable que el que se aplique a sus propios nacionales» (art. 6). La finalidad es conseguir «una equiparación efectiva de los emigrantes con los residentes en el interior y a promover su retorno»⁴⁶. Por su parte, el Convenio n° 143 de 1975 de la OIT, sobre trabajadores migrantes, obliga a los Estados ratificantes a desarrollar y aplicar efectivamente una política nacional que fomente y garantice «la igual-

45. *Vid.* Informe elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados, aprobado en su sesión de 23 de junio de 1998 (*BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie D, número 308).

46. *Vid.* ARAGÓN BOMBÍN, 1980, p. 62.

dad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, Seguridad Social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia se encuentren legalmente en su territorio» (art. 10).

Por su parte, el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del trabajador migrante del Consejo de Europa de 24 de noviembre de 1977 garantiza «un tratamiento que no sea menos favorable que el que disfrutaban los trabajadores nacionales del Estado de acogida, en todo lo que se refiere a las condiciones de vida y de trabajo». Una vez más, se pretende en virtud del principio de igualdad conseguir un equilibrio en la protección social, que como veremos se traduce directamente en prestaciones sociales a cargo de la Seguridad Social. Ciertamente, se prevé la proyección del principio de igualdad en materia de Seguridad Social, «sin perjuicio de las condiciones que requiere su legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales entre las partes contratantes interesadas». Y en este punto, debemos subrayar que los trabajadores migrantes tienen derecho a «un tratamiento no menos favorable que el que se reserve a los trabajadores nacionales, en virtud de las disposiciones legislativas o reglamentarias, de los convenios colectivos de trabajo o de las costumbres» (art. 16)⁴⁷.

Finalmente, podemos destacar en este epígrafe la prohibición por parte de los poderes públicos de cualquier medida que dé lugar a cualquier tipo de discriminación por razón de género. Los poderes públicos estarán obligados a fomentar e impulsar políticas de emigración orientadas en el principio de igualdad entre mujeres y hombres, de suerte que no se produzca discriminación de género en el acceso a los derechos y prestaciones sociales (art. 16 Ley 40/2006)⁴⁸.

3. DERECHOS COMUNES

3.1. LIBERTAD DE EMIGRACIÓN

Como hemos indicado, la libertad de emigración se contiene implícita-

47. *Vid.* FERRER SANCHÍS, 1977-1978, pp. 241-245.

48. Esta cláusula de no discriminación por razón de sexo se introdujo en el texto legal debido a una recomendación del CES, ya que únicamente en materia de asociación se preveía que la necesidad de evitar cualquier discriminación por razón de sexo en el movimiento asociativo. En este sentido, el CES echaba en falta «una mención a la no discriminación en relación con el resto de los derechos y prestaciones o en relación con la participación en los órganos que la norma contempla (Consejo General de la Emigración, Consejo de Residentes Españoles, Oficina Española de Retorno). Por ello, el CES entiende que convendría añadir un nuevo artículo que contemple la no discriminación con carácter transversal, es decir, en relación con todas las políticas y actividades contempladas en el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudada-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mente en la libertad de circulación (art. 19 CE), ya que presuponiendo dicha libertad de emigración previa el artículo 42 CE proclama un mandato a los poderes públicos para garantizar los derechos de los emigrantes⁴⁹. Por su parte, el artículo 42 CE no se refiere expresamente a la citada libertad de circulación, a diferencia de lo que sucede en otros textos constitucionales desde el punto de vista comparado⁵⁰. Sin duda, en nuestro ordenamiento la libertad de emigración tiene autonomía propia aneja a la libertad de circulación, y que tiene proyección no solamente en el fenómeno emigratorio originario, sino también en la propia decisión de retorno a nuestro país⁵¹. Estamos, pues, ante un fenómeno que tiene su espacio propio en el texto constitucional y que presupone la necesidad de un desarrollo normativo posterior que ordene dicha realidad y defina los objetivos de esta acción estatal determinando los medios idóneos para su consecución⁵².

No cabe duda de que el fenómeno emigratorio presupone necesariamente condiciones de libertad del ciudadano para emigrar o retornar a su país de origen⁵³, y ello necesita de un comportamiento positivo del Estado

nos españoles en el exterior» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 8).

49. Desde otra perspectiva, se entiende que el art. 42 CE «no supone la proclamación de la libertad de emigración [...] sino que, partiendo de la misma, establece la obligación de los poderes públicos de salvaguardar a los que la han ejercido» (CORTE HEREDERO, 2008, p. 1062).
50. Desde el punto de vista del Derecho comparado, los sistemas constitucionales italiano y portugués contemplan reglas relativas a la protección de los intereses de los emigrantes. P. ej., el art. 35 de la Constitución de Italia de 1947 prevé el reconocimiento de «la libertad de emigración, salvando las obligaciones establecidas por la ley en pro del interés general y defenderá a los trabajadores italianos en el extranjero». Por su parte, el art. 44 de la Constitución de Portugal de 1976 reconoce el derecho de desplazamiento y de emigración, «se garantiza a todos los ciudadanos el derecho de trasladarse y afincarse libremente en cualquier parte del territorio nacional». Asimismo, «se garantiza a todos el derecho a emigrar o salir del territorio nacional, así como el derecho de regreso».
51. Ciertamente, la conexión entre libertad de emigración y protección del fenómeno es evidente. En este sentido, se entiende que «el artículo 42 de la Constitución Española no proclama expresamente la libertad de emigración, pero la presupone desde el momento en que fija los principios que han de inspirar la acción estatal en materia de emigración. Aunque la libertad que ahora nos ocupa puede incluirse en el ámbito genérico del derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establece (art. 19), existen sin embargo unos rasgos específicos susceptibles de cualificar aquella libertad» (GÁLVEZ, 1985, p. 783).
52. *Vid.* SERRANO CARVAJAL, 1966, pp. 115-ss.
53. Lógicamente las opciones de un Estado pueden ir desde la prohibición de la emigración, o el reconocimiento de dicha libertad con la pérdida de los derechos de naturalización y ciudadanía (en cuyo caso tampoco habría libertad de emigración), hasta el reconocimiento absoluto del fenómeno migratorio como sucede en nuestra Constitución.

en cuanto a su protección, debido a la existencia de un auténtico *status civitatis*. Lejos queda esta perspectiva de la regulación de la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 24.4), que contemplaba la pérdida de la nacionalidad española por haber residido cinco años consecutivos fuera del territorio español sin comisión o licencia del Gobierno. Ciertamente, deberán existir las condiciones posibles para el ejercicio de la libertad de emigrar o de retorno dentro de los términos establecidos legalmente. Por tanto, se tendrán que articular los mecanismos materiales, por ejemplo, un sistema de prestaciones sociales adecuado, que permita la protección efectiva del emigrante. Todo ello requiere que los poderes públicos pongan en marcha los necesarios instrumentos de cooperación entre las distintas Administraciones públicas competentes.

Especialmente importante en materia de libertad de migración son las consecuencias derivadas del mantenimiento y la posible adquisición de la doble nacionalidad de los emigrantes españoles y sus descendientes⁵⁴. Se trata de un aspecto que permite ejercer el derecho a emigrar sin consecuencias perjudiciales en el estatuto de ciudadano español y, por otro lado, mantiene vivos los vínculos con su Estado natural, permitiendo en su caso el retorno. Concretamente, el artículo 11.3 CE fomenta los sistemas de doble nacionalidad mediante la firma de tratados internacionales. Actualmente, no solamente se protege al ciudadano español, sino que también se prevé el acceso a la nacionalidad española a los descendientes de emigrantes españoles. En este sentido, la Ley 40/2006 señala que «el Gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley promoverá una regulación del acceso a la nacionalidad de los descendientes de españoles y españolas que establezca las condiciones para que puedan optar por la nacionalidad española, siempre que su padre o madre haya sido español de origen, con independencia del lugar y de la fecha de nacimiento de cualquiera de ellos» (DA 2ª). Precisamente, la obtención de la doble nacionalidad se considera tradicionalmente como un instrumento «que puede eliminar todas las discriminaciones sufridas por nuestros trabajadores en el extranjero»⁵⁵. La doble nacionalidad puede convertir al nacional español en potencial beneficiario de la protección social del país de acogida, evitando, pues, posibles discriminaciones por motivos de nacionalidad; y, por otro lado, como se mantiene la nacionalidad española, el emigrante mantiene la protección social española⁵⁶.

54. Vid. RODRÍGUEZ MORATA, 1991, pp. 386-ss.

55. El reconocimiento de la doble nacionalidad es una institución que protege los derechos de los emigrantes: ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, 1990, p. 153.

56. En los casos de no reconocimiento de doble nacionalidad, que ha ocurrido en algunos países donde la emigración española ha sido tradicional, ello dio lugar a que los españoles perdieran su nacionalidad española, acogiéndose a la nacionalidad del país

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

3.2. FOMENTO DE LAS CONDICIONES DE RETORNO

El fenómeno del retorno de la emigración española se ha producido desde finales de la década de los setenta debido a la mejora de condiciones de vida de nuestro país y a la crisis de determinados Estados de acogida, sobre todo, de los países de América Latina. Como indica el artículo 42 CE, los poderes públicos deberán orientar su política de emigración hacia el retorno. Por tanto, se trata de organizar por parte de las Administraciones competentes el retorno a nuestro país de los españoles emigrantes. Estaríamos ante un retorno asistido, que deberá remover las trabas económicas que el regreso supone. Esta asistencia se diferencia sustancialmente de la repatriación, que como sabemos, supone el regreso definitivo realizado enteramente bajo la tutela y por cuenta del Estado. Así pues, y como quiera que el emigrante que decide retornar lo tiene que hacer con sus propios medios, la Administración tienen que agilizar ese proceso compensando las dificultades materiales para llevarlo a cabo, programando incentivos y ayudas económicas.

Los emigrantes retornados son beneficiarios de un sistema especial de protección social consistente en ayudas, que percibirán hasta que cumplan los requisitos legales exigidos para tener derecho a una determinada prestación social, por ejemplo, la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva o el subsidio por desempleo. Estas ayudas se aplican garantizando ingresos mínimos de inserción de los extranjeros, las prestaciones sociales asistenciales de ancianidad de la que son beneficiarios los emigrantes, permiten la protección a los emigrantes españoles que retornen a nuestro país, que cumplan los requisitos para tener derecho a una pensión de jubilación en su modalidad no contributiva, a excepción del período de residencia en territorio español exigido legalmente (art. 167.1 LGSS y RD 728/1993, modificado por el RD 667/1999, por el RD 1612/2005, y el RD 8/2008). Asimismo, como veremos, también se contemplan políticas estables dirigidas a la protección de los emigrantes retornados, mediante el fomento del empleo y, en su caso, la posible percepción de la prestación por desempleo en el momento de regreso a nuestro país.

de acogida con el fin de poder beneficiarse de los derechos políticos, económicos y sociales que regían para sus nacionales. Sin duda, las reformas importantes del Código Civil en esta materia son las introducidas por la Ley 51/1982 y por la Ley 29/1995. La reforma del CC por la Ley 51/1982, permitió la posible obtención de la doble nacionalidad. Ello daba lugar a un régimen especial de adquisición de la nacionalidad para los emigrantes, los cuales quedaban dispensados del período de residencia legal de un año en territorio español para solicitarla. Posteriormente, la reforma del CC por la Ley 29/1995, previó la no exigencia de residencia en España para que el emigrante, ni el hijo del emigrante, recuperasen la nacionalidad española.

4. DERECHOS ESPECÍFICOS: EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL EXTERIOR

La Ley 40/2006 contempla de manera transversal un amplio catálogo de derechos civiles y sociales, en concreto, regula las condiciones del ejercicio de los derechos de participación, las prestaciones sociales, el derecho a la educación y cultura y la política integral de retorno. Estamos, pues, ante un claro ejemplo de la incidencia que tiene el fenómeno de la emigración en distintos sectores del ordenamiento jurídico. Precisamente, ello se debe a que la regulación de los procesos emigratorios «tiene un contenido protector que afecta a sectores diversos de la vida del emigrante (trabajo, vivienda, transporte, familia) que resultan especialmente protegibles a causa de su emigración»⁵⁷.

4.1. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN

Por lo que se refiere a los derechos de participación, como derechos constitucionales a ejercitar en condiciones de igualdad por parte de los emigrantes españoles, se encuentran el derecho a ser elector y elegible, derecho de asistencia y protección de los españoles en el exterior, derecho de petición, derecho a acudir al Defensor del Pueblo y de información, derecho a la participación en órganos consultivos de la emigración, derecho de acción de las organizaciones sindicales y empresariales y derecho de asociación.

En materia de sufragio activo y pasivo, los españoles residentes en el extranjero tienen garantizado en condiciones de igualdad respecto de los españoles residentes en España el derecho a ser electores y elegibles (art. 4 Ley 40/2006). De igual modo, el Estado español fomentará la firma de tratados internacionales en los países de acogida para hacer efectivo el reconocimiento del derecho a ser elector y elegible en su lugar de residencia. Concretamente, en el ámbito de la Unión Europea el Estado velará por que en ningún país se limiten o restrinjan los derechos electorales. Con carácter general, el Estado fomentará la incorporación de españoles residentes en el extranjero en las listas electorales de los partidos, la actualización permanente del censo de ciudadanos españoles en el exterior, la información actualizada en condiciones de igualdad respecto de partidos políticos y el acceso a los medios públicos de comunicación. Finalmente, el ejercicio del derecho de voto con los medios materiales, técnicos y humanos precisos teniendo presente las características de los países de residencia y el número y distribución de españoles residentes en el país de que se trate⁵⁸.

57. *Vid.* GALIANA MORENO, 1975, p. 181.

58. *Vid.* ARNALDO ALCUBILLA, 1995.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Con todo, es preciso destacar los cambios producidos en el ejercicio del derecho de sufragio activo por parte de los emigrantes a raíz de la última reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (art. 75), modificada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero. Dicha reforma ha venido a suprimir el derecho de los emigrantes a participar en las elecciones municipales y ha endurecido igualmente las exigencias legales para ejercer el derecho de sufragio activo en las elecciones autonómicas, generales y europeas, introduciendo un sistema de voto rogado. Dicho sistema de voto está condicionado a la previa solicitud del voto por parte del emigrante, lo cual reduce considerablemente las condiciones de participación de los emigrantes en las elecciones. La finalidad de la reforma ha sido evitar la incoherencia de que ciudadanos emigrantes que no residen en los ayuntamientos, especialmente en Galicia, y que ni siquiera conocen sus localidades de origen al ser emigrantes de segunda o tercera generación, puedan decidir sobre la composición política de los gobiernos locales.

En relación al derecho de asistencia y protección de los españoles en el exterior, conviene destacar que una de las obligaciones de los poderes públicos es la adopción de medidas para que las dependencias administrativas en el extranjero dispongan de los medios personales, materiales y técnicos precisos para prestar la debida asistencia, protección y asesoramiento a los ciudadanos españoles⁵⁹. En concreto, se hará especial hincapié en la atención a aquellas personas que se encuentren en situaciones de necesidad y a los privados de libertad. En este sentido, uno de los principios de la política de asistencia y protección es la garantía del derecho a la tutela judicial en el extranjero, sobre todo, respecto de aquellos ciudadanos que carezcan de recursos económicos para acceder a la asistencia jurídica gratuita, máxime si en el país de acogida no se garantiza dicho servicio (art. 5 Ley 40/2006)⁶⁰.

59. Múltiples reclamaciones se plantean anualmente al Defensor del Pueblo en relación a la asistencia y protección de los emigrantes en el exterior por parte de la Administración española. Se trata de temas que van desde la atención en situaciones de emergencia a las propias incidencias relativas a la reposición de pasaportes extraviados o información o asistencia consular.

60. Se han planteado numerosas quejas al Defensor del Pueblo sobre las deficiencias de la atención judicial en el extranjero y, principalmente, sobre las ayudas a la asistencia jurídica (gastos de defensa en juicio cuando se carece de medios y no existe defensa de oficio en el Estado en cuestión). Se trata de cuestiones que afectan a procesos penales, que tienen preferencia sobre otro tipo de causas, y donde se exigen responsabilidades penales con penas privativas de libertad o de muerte. Desde el Defensor del Pueblo se ha instado a crear un Servicio de Orientación y Asistencia Jurídico Penitenciaria, que complemente la acción de las oficinas consulares españolas en el exterior. Específicamente, uno de los aspectos esenciales que se reiteran en los informes anuales del Defensor del Pueblo se refiere a la atención y asistencia de presos españoles en el exterior. Todos los años el Defensor del Pueblo se pronuncia sobre las condiciones de cumplimiento de las condenas de españoles en el extranjero.

Dentro de los derechos de participación, el legislador indica expresamente que los españoles residentes en el extranjero podrán dirigirse al Defensor del Pueblo o a la figura equivalente de las Comunidades Autónomas para la defensa de sus intereses legítimos, sin diferencias en su ejercicio por la situación de residencia en el exterior (art. 7 Ley 40/2006). Igualmente, tienen reconocido legalmente el ejercicio del derecho de petición, individual o colectiva, ante cualquiera de las Administraciones públicas españolas (LO 4/2001, del derecho de petición, y art. 6 Ley 40/2006). Este derecho convive ciertamente con el posible ejercicio del derecho de audiencia de los emigrantes, a través de sus asociaciones y organizaciones representativas, con carácter previo a la elaboración de las disposiciones normativas que afecten a sus intereses legítimos. Finalmente, en este apartado, destaca el derecho a obtener información sobre la legislación que afecte a sus derechos e intereses legítimos y al estado de la tramitación de sus reclamaciones en procedimientos administrativos. A estos efectos, la Administración Pública española contará con las nuevas tecnologías y fomentará su utilización (art. 8 Ley 40/2006).

Sin duda, uno de los apartados más importantes es el relativo al derecho de participación y de asociación. La participación de los españoles en el exterior es un elemento clave para el buen funcionamiento de los órganos consultivos de la emigración. Por ello, las asociaciones de emigrantes podrán participar tanto en los Consejos de Residentes Españoles y en el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior o en los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas (art. 9 Ley 40/2006). El Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior⁶¹ es un órgano de carácter consultivo y asesor, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, donde están representadas las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas, así como las federaciones de asociaciones de emigrantes que acrediten la representatividad necesaria (art. 10 Ley 40/2006)⁶². Su función básica, será informar

Principalmente, se trata de prisiones de países iberoamericanos y marroquíes, así como algunos países europeos. En muchos casos se condenan las enormes deficiencias en cuanto a las exigencias mínimas de higiene, salud y alimentación (en el caso de cárceles sudamericanas y marroquíes). Igualmente, el Defensor del Pueblo ha puesto de manifiesto la necesidad de fomentar las condiciones de resocialización de los presos españoles en el extranjero, cuando hayan cumplido sus condenas. De este modo, sería conveniente permitir su acceso a ayudas y beneficios que permitan su inserción social en nuestro país una vez producido el retorno efectivo. *Vid. Informe 2008*, p. 360.

61. En la versión originaria del art. 10 de la Ley 40/2006 se utilizaba el término «Consejo General de la Emigración, que fue sustituido posteriormente por el término Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior». *Vid. Corrección de errores a la Ley en BOE de 5 de febrero de 2007*, p. 5248.
62. *Vid. el RD 230/2008*, que regula el Consejo General de la Ciudadanía Española en

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

anualmente a las Cortes Generales sobre la situación de la ciudadanía española en el exterior, sin perjuicio de sus atribuciones generales relativas a la consulta previa en materia de proyectos legislativos sobre derechos civiles, laborales, de protección social, educativos y culturales que afecten directamente a los españoles en el exterior. Asimismo, se encargarán de la realización de estudios, formulación de propuestas y recomendaciones (art. 11)⁶³.

Por su parte, los Consejos de Residentes Españoles son órganos de carácter consultivo y asesor, adscritos a las Oficinas Consulares de España en el exterior, cuyas funciones esenciales son las siguientes: servir de cauce de comunicación entre los colectivos de emigrantes y las oficinas consulares, mediante la propuesta de medidas e información a las Oficinas Consulares y la difusión entre las comunidades de emigrantes de las medidas adoptadas, y participación en los procedimientos de concesión de ayudas y subvenciones a favor de los españoles en el exterior (arts. 12 y 13 Ley 40/2006)⁶⁴. Estos Consejos actúan al servicio de las Oficinas Consulares en las cuestiones de interés general para la comunidad española de residentes en su demarcación.

el Exterior. En este sentido, la Resolución de 31 de mayo de 2007, de la Dirección General de Emigración sobre el Consejo General de la Ciudadanía en el exterior, establece las normas para la designación de miembros del Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior. Asimismo, y en relación al Consejo General de la Ciudadanía en el Exterior, conviene destacar la exclusión de las Asociaciones de Emigrantes Retornados de dicho organismo consultivo. Dichas asociaciones acudieron al Defensor del Pueblo y esta institución dio traslado a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. La negativa de su incorporación al Consejo General de la Ciudadanía en el Exterior se fundamentó en que las asociaciones de emigrantes se integran también en las asociaciones de retornados. *Vid.* DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2008*, p. 350.

63. Los precedentes del Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior, esto es, órganos de ámbito nacional y de representación en la cumbre, han sido el Consejo Superior de la Emigración, la Junta Central de la Emigración, el Consejo del Instituto Español de Emigración y el Consejo General de la Emigración. En este último órgano participaban representantes de la Administración Central y Autonómica, de los emigrantes, elegidos por los Consejos de Residentes, y de las Organizaciones sindicales y empresariales.
64. Los Consejos de Residentes se constituirán en todas «las circunscripciones consulares en cuyas listas del Censo Electoral de Residentes ausentes se hallen inscritos, como mínimo, 700 electores, se constituirá por elección un Consejo de Residentes Españoles, como órgano consultivo de la respectiva Oficina Consular en el ámbito de actuación y para las actividades que se regulan en los arts. 2 y 3, respectivamente» *Vid.* RD 1339/1997, sobre Consejos de Residentes Españoles en el extranjero-Consejo General de la Emigración (art. 1). En materia de participación de la ciudadanía española en el exterior, tiene especial relevancia la dinámica de los Consejos de Residentes Españoles. Varios residentes españoles han puesto en conocimiento del Defensor del Pueblo problemas relativos a la constitución de dichos Consejos y a su reconocimiento efectivo por parte de la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares. *Vid.* *Informe 2009*, p. 392.

Desarrollan sus actividades en materia de derechos civiles y laborales, acción educativa, social y cultural a favor de los españoles que integran dicha comunidad y su participación en todos los asuntos de su interés. Estos Consejos de Residentes Españoles son una pieza esencial en el sistema de comunicación, y están compuestos por miembros elegidos por los emigrantes, en determinadas demarcaciones consulares⁶⁵. Según los datos del Ministerio de Asuntos Exteriores, actualmente existen hasta un total de treinta y ocho Consejos de Residentes Españoles constituidos en demarcaciones consulares⁶⁶.

No menos importante en materia de emigración es la actuación de las organizaciones sindicales y empresariales, que deberán participar en aquellos asuntos que estén relacionados con la representación y defensa de los intereses de los emigrantes y retornados. En este sentido, se prevé que los sindicatos y las organizaciones empresariales participarán en los órganos de representación de la emigración en la forma que reglamentariamente se determine (art. 14 Ley 40/2006). Concretamente, el CES consideró en su momento que los agentes sociales deberían tener, en base a los objetivos de su reconocimiento constitucional, una labor más intensa en la representación institucional y en el ámbito de las empresas, permitiendo el ejercicio de la libertad sindical y de representación de los trabajadores en el extranjero⁶⁷.

65. Por su parte, los órganos de participación de emigrantes tienen su hito histórico más lejano en las Juntas de Emigración, posteriormente denominadas Patronatos de Emigración. Las Juntas de Emigración actuaban en nuestro país y en el exterior. Tenía, pues, un doble ámbito de funcionamiento. Por un lado, actuaban en España, concretamente eran órganos de carácter local organizados por provincias españolas (Patronatos Locales de Emigración). Y, por otro lado, actuaban en el exterior en el ámbito de las demarcaciones consulares (Patronatos de Emigrados Españoles), más tarde llamadas Juntas Consulares de Emigración.
66. Los Consejos de Residentes Españoles actúan en las siguientes ciudades con sede consultar: Ámsterdam, Andorra, Asunción, Bahía Blanca, Bogotá, Bruselas, Buenos Aires, Caracas, Casablanca, Córdoba, Dusseldorf, Génova, Ginebra, Hamburgo, Hannover, La Habana, La Paz, Lima, Luxemburgo, Méjico, Melbourne, Mendoza, Montevideo, Montpellier, Montreal, Munich, Nueva York, Nueva Alegre, Quito, Río de Janeiro, Rosario, Salvador-Bahía, San Pablo, Santiago de Chile, Santo Domingo, Tánger, Toulouse y Zurich.
67. Concretamente, el CES entendió que «en congruencia con el reconocimiento constitucional que los sindicatos y las organizaciones empresariales tienen en nuestro ordenamiento jurídico, el Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior debería recoger el papel que ambas organizaciones pueden y deben desempeñar en la consecución de los objetivos fundamentales de la norma, tanto por lo que hace a la representación institucional como a la representación en las empresas y, en su caso, centros públicos. En la medida que sea de aplicación la legislación española en esta materia, el Estado debe procurar facilitar el ejercicio, por un lado, del derecho de asociación empresarial, y, por otro, de la libertad sindical y de representación de los trabajadores en el extranjero» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, pp. 6-7).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Como hemos indicado, el derecho de asociación es uno de los derechos de participación más importantes en la materia, máxime si tenemos presente que el asociacionismo ha desempeñado tradicionalmente un papel esencial sobre la política emigratoria, «en ocasiones corrector de la carencia pública»⁶⁸ en materia de asistencia y socorro mutuo. En este sentido, el objetivo esencial es estimular el asociacionismo como pieza clave de organización y seguimiento de los colectivos de emigrantes. Dada la importancia de estas asociaciones, la Ley 40/2006 prevé el establecimiento de un censo de asociaciones y centros radicados en el exterior. Las asociaciones organizan a las comunidades de españoles en el extranjero, siendo, por tanto, instrumento que permite articular las actuaciones de asistencia por parte de las Administraciones españolas. Por todo ello, los poderes públicos están obligados a fomentar el movimiento asociativo de españoles en el extranjero, así como el de los españoles retornados (arts. 105 CE y 15 Ley 40/2006). Ello requiere, ciertamente, la coordinación de actuaciones por parte de las Administraciones públicas y el fomento de la agrupación de asociaciones en federaciones⁶⁹. Actualmente, la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, convoca mediante el portal de ciudadanía española en el exterior las ayudas y subvenciones dirigidas a contribuir a la financiación de los gastos ordinarios derivados del funcionamiento de las Federaciones, Asociaciones y Centros de españoles en el exterior. Con carácter general, a estas ayudas públicas podrán concurrir las federaciones, asociaciones o centros de españoles en el exterior, que cuenten, al menos, con cincuenta asociados y que desarrollen una labor asistencial a favor de los españoles del exterior.

4.2. RÉGIMEN DE PRESTACIONES Y ASISTENCIA SOCIAL

4.2.1. **Ámbito subjetivo y objetivo de protección**

Con carácter general, el artículo 7.3 LGSS restringe el ámbito de protección mediante las prestaciones no contributivas única y exclusivamente «a los españoles residentes en el territorio nacional», por lo cual los emigrantes no podrían, en principio, ser beneficiarios de estas prestaciones⁷⁰. No obs-

68. *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley 40/2006.

69. En relación al derecho de asociación, el CES consideró que la actividad de promoción del asociacionismo realizada por los poderes públicos «deberá centrarse en aquellas asociaciones u organizaciones que así lo requieran en razón de su interés general» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 8).

70. No obstante lo anterior, es preciso hacer una excepción en el ámbito de la Seguridad Social europea, debido a que el Convenio Europeo de Seguridad Social permite percibir las prestaciones no contributivas a los residentes en un Estado distinto del de origen siempre que hayan residido en el mismo durante un determinado período de tiempo que, p. ej., para el caso de solicitar prestaciones por desempleo no podrá

tante, el legislador ordinario permite al Gobierno «establecer medidas de protección social a favor de los españoles no residentes en España, de acuerdo con las características de los países de residencia» (art. 7.4 LGSS)⁷¹. Estamos, pues, ante una facultad gubernamental prevista legalmente con el fin de exceptuar el requisito de residencia en el territorio español para la percepción de las prestaciones no contributivas⁷². Ciertamente, se trata de una materia que requiere de una concreción ulterior por parte del Gobierno, sin que ello incida en la reserva de ley en materia de Seguridad Social, ni atente al principio de igualdad consagrado constitucionalmente, ya que precisamente lo que intenta el artículo 7.4 LGSS es adaptar el régimen general de prestaciones en el nivel no contributivo o asistencial al mandato dirigido a los poderes públicos de proteger los derechos sociales de los emigrantes.

Asimismo, conviene tener presente que la disposición adicional 1ª LGSS, contempla un mandato dirigido al Gobierno relativo a la adopción de medidas necesarias para garantizar la extensión de la acción protectora de la Seguridad Social a los españoles que se trasladen a un país extranjero por motivos laborales, medida que como sabemos, tiene como cauce natural de aplicación mediante la celebración de Convenios bilaterales entre España y los países receptores de la emigración española. El Gobierno deberá, pues, adoptar las medidas necesarias para que la acción protectora de la Seguridad Social se extienda a los españoles que se trasladen a un país extranjero por causas de trabajo y a los familiares que tengan a su cargo o bajo su dependencia, a cuyo efecto se tenderá a garantizar a los emigrantes la igualdad o la asimilación con los nacionales del país de recepción en materia de Seguridad Social.

fijarse en más de seis meses con carácter previo a la petición de prestaciones (art. 8.2).

71. Concretamente, conviene destacar el RD 996/1986, sobre convenio especial de Seguridad Social de los emigrantes e hijos de éstos, que posibilita su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social en tanto presten su actividad laboral en el extranjero, con independencia de que con anterioridad hayan estado o no afiliados a la Seguridad Social española, siempre que el país en el que desarrolle su actividad no tenga suscrito con España acuerdo o convenio de Seguridad Social, o que, aun existiendo, deje sin cobertura alguna de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia. Esa norma fue modificada por el RD 1203/2003, en el sentido de no exigir la falta de concurrencia de acuerdo o convenio bilateral de Seguridad Social suscrito por el respectivo país con España, ya que tal circunstancia, anteriormente exigida para la suscripción del convenio, no garantizaba por sí sola la protección del emigrante.
72. En definitiva, estamos ante una posibilidad que se configura, «como algo excepcional y subsidiario». Ciertamente, ello va en contra de la aplicación del principio general de territorialidad, ya que se trata de trabajadores que ni residen ni trabajan en España (OLARTE ENCABO, 1999, p. 1937).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Se trata de la adopción de las medidas necesarias para garantizar a los emigrantes la igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción en materia de Seguridad Social, directamente o a través de los organismos intergubernamentales competentes, así como mediante la ratificación de convenios internacionales de trabajo, la adhesión a convenios multilaterales y la celebración de tratados y acuerdos con los Estados receptores. Igualmente, en los casos en que no existan convenios o, por cualquier causa o circunstancia, éstos no cubran determinadas prestaciones de la Seguridad Social, se establece que el Gobierno extienda su acción protectora en la materia tanto a los emigrantes como a sus familiares residentes en España. Por último, conviene indicar que la Disposición Adicional Primera de la LGSS dispone que los accidentes y, en su caso, enfermedades, que se produzcan durante el viaje de salida o de regreso de los emigrantes en las operaciones realizadas por la Dirección General de Migraciones, o con su intervención, tendrán la consideración de accidentes de trabajo, siempre que concurran las condiciones que reglamentariamente se determinen.

Tradicionalmente la normativa española en materia de prestaciones de Seguridad Social ha prestado especial atención a la jubilación y al desempleo, básicamente en su modalidad no contributiva o asistencial. Recientemente, el catálogo de derechos sociales y prestaciones ha sido sistematizado por la Ley 40/2006. En este sentido, se reconoce el derecho a la protección de la salud, derechos en materia de Seguridad Social y prestaciones por razón de necesidad, servicios sociales para mayores, acciones de información sociolaboral, orientación y participación en programas de formación profesional ocupacional y derechos en materia de empleo y ocupación⁷³. Ello supone ciertamente una clara voluntad política de mejorar los medios de protección social existentes, y un claro ejemplo de ello, es la incorporación de la prestación por razón de necesidad.

Concretamente, en materia de derechos relativos a la protección social, la Ley 40/2006 se refiere al derecho a la salud de los españoles en el exterior para conseguir la equiparación a las prestaciones del Sistema Nacional de

73. En realidad, como se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley 40/2006, se trata de «derechos y prestaciones que [...] estaban en alguna medida establecidos, si bien su regulación se encontraba en normas dispersas y de rango inferior, por lo que con el presente Estatuto se pretende consolidar su ejercicio, dotándoles de una dimensión real y efectiva al elevarse el rango normativo que los ampara». Ciertamente, se trata de una normativa dispersa que intenta proteger situaciones concretas de necesidad, ejemplo de ello es la Ley 3/2005, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional.

Salud (art. 17). En este punto, se prevé la posibilidad de que el Estado suscriba convenios con entidades públicas o, en su caso, privadas para garantizar la efectividad de tal derecho. De igual modo, el Estado garantizará que la acción protectora de la Seguridad Social se extienda a los españoles que se trasladen al exterior por causas de trabajo y a los familiares de los mismos en los términos establecidos en la legislación aplicable, mediante el reconocimiento de la igualdad o asimilación respecto de los nacionales del país de recepción, el mantenimiento de los derechos adquiridos y las expectativas de derecho, mediante la firma de convenios internacionales (art. 18).

4.2.2. Las prestaciones por necesidad

Sin duda, una de las novedades más importante es el reconocimiento de las prestaciones por necesidad (art. 19 Ley 40/2006). Dicho precepto contempla el derecho a «percibir una prestación a los españoles residentes en el exterior que habiéndose trasladado al exterior por razones laborales, económicas o cualesquiera otras y habiendo cumplido 65 años de edad o estando incapacitados para el trabajo, se encuentren en una situación de necesidad por carecer de rentas o ingresos suficientes para cubrir sus necesidades básicas, de acuerdo a la realidad socioeconómica del país de residencia»⁷⁴. La prestación por necesidad se regula siguiendo como ejemplo a las actuales pensiones asistenciales de ancianidad y de incapacidad para emigrantes, que han sido sustituidas por esta nueva modalidad protectora⁷⁵. De igual modo, debemos destacar que en la prestación por necesidad se incluye la asistencia integral de la salud y los servicios sociales.

Concretamente, el Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados⁷⁶. Dicha prestación comprende a la prestación económica por ancianidad, la prestación económica por incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo y la asistencia sanitaria. En este sentido, serán beneficiarios

-
74. Respecto de la situación de necesidad, a juicio del CES, «el riesgo de necesidad que constituye el objeto de estas prestaciones puede darse también en otras circunstancias distintas de la vejez o la incapacidad, convendría efectuar una reflexión general sobre la oportunidad de que el Anteproyecto establezca ayudas extraordinarias dirigidas a paliar otras situaciones de necesidad, en línea con las que ya existen en la actualidad» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 6).
75. En este sentido, conviene indicar que la DD única del RD 8/2008 deroga expresamente el RD 728/1993, que contemplaba la regulación de las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles.
76. Asimismo, conviene tener en cuenta el RD 1493/2007, relativo a la concesión directa de ayudas destinadas a atender las situaciones de extraordinaria necesidad de los españoles retornados.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de la prestación por razón de necesidad los españoles de origen nacidos en territorio nacional que, por motivos económicos, laborales o de cualquier otra naturaleza, salieron del país y establecieron su residencia en el extranjero. Igualmente, los españoles de origen no nacidos en España que acrediten un período de residencia en nuestro país de 10 años previo a la presentación de la solicitud de la prestación, siempre que ostentaran durante todo ese período la nacionalidad española (art. 2 RD 8/2008)⁷⁷. Nuestra legislación garantiza mediante la prestación por razón de necesidad una cobertura mínima de subsistencia para los españoles emigrantes que, habiendo alcanzado la edad de jubilación, carecen de recursos económicos⁷⁸. Se trata, sin duda, de un mecanismo de protección social de los emigrantes que ampara a un número considerable de emigrantes beneficiarios de estas prestaciones⁷⁹.

El Real Decreto 8/2008 contempla los requisitos concretos de acceso a la prestación, y garantiza el derecho a percibir la prestación a los españoles residentes en el exterior, que habiéndose trasladado al exterior por razones laborales, económicas o cualesquiera otras y habiendo cumplido 65 años de edad o estando incapacitados para el trabajo, se encuentren en una situación de necesidad por carecer de recursos suficientes para cubrir sus necesidades. La protección, a su vez, se configura como un sistema integral, ya que la protección por razón de necesidad garantiza a los beneficiarios el disfrute de la prestación económica por ancianidad, incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo y asistencia sanitaria. Por otro lado, conviene destacar la am-

77. En este sentido, conviene decir que éste es un de los aspectos criticados por el CES, ya que «con independencia de futuros desarrollos reglamentarios, el Anteproyecto debería fijar o delimitar el concepto de situación de necesidad que se aplica específicamente a estas prestaciones, en las que, por razones de equidad, además del nivel de rentas o ingresos resulta determinante la relación entre el nivel socioeconómico del país de residencia y el de España». En este mismo sentido, hubiera sido conveniente disponer una definición legal sobre de incapacidad para el trabajo, que como sabemos es la situación de necesidad que da derecho al disfrute de la prestación.

78. Igualmente, los emigrantes españoles han manifestado el retraso en la percepción de las pensiones asistenciales por razón de ancianidad. En la mayoría de los casos se trata de cónyuges de los beneficiarios, que reclaman pensiones devengadas y no percibidas. En este sentido, el Defensor del Pueblo advierte de la especial vulnerabilidad de este colectivo, personas de edad avanzada residentes en el exterior y con una situación económica desfavorable. Igualmente, el Defensor del Pueblo ha anunciado que mantendrá una especial vigilancia durante los próximos años en relación a la gestión de estas prestaciones. *Vid.* muy especialmente, *Informe 2008*, p. 349.

79. El Defensor del Pueblo ha recibido formalmente quejas sobre la percepción de las prestaciones asistenciales previstas para los residentes españoles en el extranjero. El Defensor del Pueblo ha puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración la imprevisión de la situación objetiva y subjetiva protegida, y que a pesar de los avances realizados, siguen existiendo problemas de aplicación. *Vid.* *Informe 2009*, p. 392.

pliación del ámbito subjetivo de protección, ya que se equipara a los cónyuges o parejas de hecho de los emigrantes al mismo nivel de protección, sin que éstos tengan la mera condición de familiares.

El Decreto homogeniza los requisitos de reconocimiento de la prestación económica que permite el acceso a la prestación, que podemos resumir en los siguientes: a) tener sesenta y cinco años de edad en la fecha de la solicitud de la prestación económica por ancianidad o para la prestación económica de incapacidad, ser mayor de dieciséis y menor de sesenta y cinco años y estar en situación de incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo en la fecha de la solicitud; b) Residencia legal en aquellos países donde la precariedad del sistema de protección social justifique la necesidad de esta prestación y c) carencia de rentas o ingresos suficientes (arts. 3 y 5 RD 8/2008). Asimismo, el Decreto contempla las reglas en materia de base de cálculo y cuantía de la prestación económica, que se aplicarán en función del país de residencia del interesado, tomando como índices la renta per cápita, salario mínimo interprofesional, salario medio de un trabajo por cuenta ajena y pensión mínima de Seguridad Social. Ello supone la determinación de un estándar mínimo de protección teniendo en cuenta la realidad socioeconómica del país de residencia (art. 7 RD 8/2008)⁸⁰. La cuantía de esta prestación por razón de necesidad será fijada con carácter anual por parte del Ministerio de Trabajo y será compatible con las ayudas otorgadas por las Comunidades Autónomas en materia de retorno⁸¹. En esta materia, el Estado deberá regular los instrumentos de coordinación o colaboración entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, en función de sus correspondientes competencias en la materia.

4.2.3. La jubilación

Un apartado especial merece la protección en el supuesto de los españo-

80. Estamos, pues, ante una materia que precisa un estudio casuístico respecto de las realidades socioeconómicas de cada país de residencia. P. ej., se puede consultar una queja formulada por un español (castellano leonés) residente en Cuba respecto del límite de edad exigido por la legislación española. Según el art. 167.1 LGSS la edad de sesenta y cinco años es uno de los requisitos que da derecho al acceso a la pensión asistencial de jubilación. En este punto, se propuso al Defensor del Pueblo la posibilidad de modificación del RD 728/1993, permitiendo el acceso a la mencionada prestación cuando el beneficiario hubiese cumplido la edad de jubilación forzosa prevista por el sistema de protección social del Estado de residencia. Ello se debe a que la edad de acceso a la jubilación en Cuba es a los cincuenta y cinco años. Un comentario en profundidad de este supuesto puede consultarse en el siguiente trabajo (GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, pp. 202-203).

81. Por su parte, las tres disposiciones adicionales de la Ley 40/2006 se refieren a los efectos del silencio administrativo en los procedimientos de tramitación, la revisión de oficio de las resoluciones y la caducidad del derecho al cobro de estas pensiones asistenciales por ancianidad.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

les de origen retornados. Por lo que se refiere a la pensión asistencial por ancianidad, podrán ser beneficiarios los españoles de origen residentes en el extranjero al retornar a España, si en función de la precariedad del sistema de protección social del país de residencia se acreditan las condiciones de acceso a la prestación por razón de necesidad. En este caso, tendrán derecho a la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva del sistema español de Seguridad Social, cuya cuantía será la fijada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Se trata, pues, de una protección frente a los problemas económicos inherentes al retorno a nuestro país, y que afecta principalmente a los mayores de sesenta y cinco años (y sus familiares) [arts. 161.1.a) y 167.1 LGSS], los cuales una vez desarrollado su período de actividad laboral en el extranjero, regresan a nuestro país en situación de jubilación. Estamos, pues, ante una excepción a los requisitos legales para percibir las prestaciones no contributivas de jubilación e invalidez; nos estamos refiriendo a la necesidad de acreditar residencia legal en territorio español y cómo mínimo los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión para facilitar el disfrute de estas prestaciones no contributivas por los emigrantes retornados. En síntesis, los emigrantes retornados que reúnan las condiciones para el acceso a la pensión de jubilación no contributiva (básicamente carencia de rentas en los límites previstos legalmente), podrán tener derecho a la prestación sin cumplir los requisitos de residencia exigidos en el art. 167.1 de la LGSS. Esta protección es compatible con la dispensada por las Comunidades Autónomas, que aplican ayudas económicas que compensan los gastos derivados de la instalación. De este modo, se atienden los gastos más urgentes y necesarios, y se conceden otras ayudas que compensan la carencia de ingresos económicos hasta el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva⁸².

Desde el punto de vista del desarrollo reglamentario conviene destacar la aplicación del Real Decreto 728/1993, de 14 de mayo (modificado por el RD 1612/2005), que regula las pensiones asistenciales por ancianidad como un mecanismo de protección que garantiza un mínimo de subsistencia para los españoles de origen residentes en el extranjero, que emigraron de nuestro país y que, habiendo alcanzado la edad de jubilación, carecen de recursos.

4.2.4. La incapacidad

La determinación de la incapacidad dentro del contenido de la presta-

82. *Vid.* IGLESIAS CABERO, 2003, pp. 51 y ss., y GÓMEZ ÁLVAREZ, 2003, pp. 51-72.

ción por necesidad supone un cambio importantísimo, ya que anteriormente se consideraba como una mera ayuda asistencial, y actualmente se configura como un derecho a prestación. La situación de incapacidad se refiere a las «deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que les inhabiliten por completo para toda profesión u oficio» (art. 19.1 RD 8/2008).

Asimismo, dicho precepto contempla el procedimiento para su valoración y revisión de la situación que da acceso a la protección social. En concreto, se tendrá que proceder a la evaluación de la concreta situación de incapacidad, labor que será realizada por los médicos facultativos de la entidad que gestione la correspondiente asistencia sanitaria a los beneficiarios de la prestación por necesidad⁸³. En el proceso de valoración se tendrán igualmente en cuenta factores como la edad del beneficiario, así como sus posibilidades reales y efectivas de integración en el mercado de trabajo del país de residencia (art. 19.2 del RD 8/2008). Una vez valorado el grado de incapacidad, la entidad aseguradora expedirá un informe, que acreditará la situación concreta de incapacidad del solicitante de acuerdo con la valoración efectuada. En su caso, se hará constar la necesidad de revisión de la situación de incapacidad y el plazo para realizar la nueva valoración. A estos efectos, la Dirección General de Emigración y las Consejerías de Trabajo y Asuntos Sociales de las Embajadas, o, en su defecto, los Consulados o Secciones consulares de las Embajadas podrán instar en todo momento la correspondiente revisión de la situación de incapacidad del beneficiario de la prestación (art. 19.3 y 4 RD 8/2008).

Por otro lado, y en relación a la dinámica de la prestación por incapacidad, conviene destacar que cuando el beneficiario cumpla la edad de sesenta y cinco años (edad ordinaria de jubilación en nuestro país) se producirá automáticamente la transformación de la prestación de incapacidad en una prestación por ancianidad, aplicándose desde ese mismo momento su corres-

83. Especialmente importante en materia de incapacidad es el uso de documentos proporcionados por sistemas de salud extranjero, que reconocen el grado concreto de discapacidad. En algunas ocasiones estos documentos no son traducidos y se aportan directamente por el interesado ante la Administración española. En este punto, la STC 45/1996 se pronunció sobre un recurso de amparo por vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba, al no haberse tenido en consideración por el juez español los documentos en lengua alemana aportados por la demandante relativos a su incapacidad. Dichos documentos no fueron valorados ni tenidos en cuenta por el órgano juzgador, debido a que la demandante tuvo que haber soportado su carga procesal de aportarlos traducidos o instar su traducción. En esta misma línea, el TC desestimó el recurso de amparo dado que el órgano juzgador determina la norma aplicable a la causa y, especialmente, señaló que la traducción del documento no se realiza en todo caso de oficio, sino a petición de parte.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

pondiente régimen jurídico. En cualquier caso, la transformación sobrevenida de la prestación originaria en una prestación por ancianidad no supondrá modificación alguna respecto del importe de la prestación que viniese percibiendo el beneficiario (art. 20 RD 8/2008).

4.2.5. El desempleo

La protección por desempleo se regula en nuestro ordenamiento en los arts. 203 y ss. de la LGSS. Por lo que se refiere a la acción protectora por desempleo de los emigrantes retornados, éstos figuran expresamente entre los posibles beneficiarios del subsidio por desempleo y de la renta activa de inserción. Respecto de la protección en su modalidad no contributiva, el emigrante que «habiendo retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo⁸⁴, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo⁸⁵, acredite haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos países desde su última salida de España, y no tenga derecho a la prestación por desempleo» [art. 215.1.c) LGSS]⁸⁶. El emigrante retornado no podrá ser beneficiario de otras prestaciones en el país donde haya cesado su actividad y dicho cese se deberá haber producido por causas no imputables a su voluntad (art. 208.5 LGSS)⁸⁷. Otro supuesto de

84. *Vid.* NUÑO RUBIO, 1986, pp. 7-50.

85. En relación a la prestación asistencial de desempleo tras retornar a España, la STC 77/1995 se pronunció sobre el acceso a dicha protección que dependía de la previa cotización de dos años en los últimos ocho, dada la inexistencia en aquel momento de convenio bilateral de Seguridad Social entre España y Méjico, que permitiera computar las cotizaciones efectuadas en el país extranjero en el que el interesado desarrolló su actividad laboral. El TC considera que la inclusión en el sistema de Seguridad Social viene determinada en general por el criterio de territorialidad. No obstante, la protección alcanza también a «los españoles que por causas de trabajo se trasladan a un país extranjero mediante diversos instrumentos de Derecho internacional que tratan de garantizar una igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción o, en su defecto, técnicas normativas internas que, como excepción al principio de territorialidad, implican una unilateral extensión de la propia legislación nacional». De este modo, la reivindicación del «cómputo de las cotizaciones ingresadas por trabajadores españoles a la Administración de la Seguridad Social de un Estado extranjero, prescindiendo de cualquier otro dato diferencial no constituye un idóneo término de comparación a efectos del juicio de igualdad».

86. Por lo que se refiere a la modalidad contributiva de la prestación por desempleo, si la emigración se realizó a un país extracomunitario, las cotizaciones ingresadas en el país de residencia –siempre que exista acuerdo con España para la totalización de los períodos a efectos de desempleo– se tendrán en cuenta para el acceso a la prestación por desempleo. Ello se producirá una vez que el español retornado vuelva a trabajar al regresar a nuestro país, y tendrá derecho a la prestación contributiva una vez se produzca la situación legal de desempleo en España por causa no imputable a su voluntad.

87. La STC 153/1994 se pronuncia sobre los efectos para causar el derecho a percibir el subsidio por desempleo, ya que el RD 625/1985 disponía que se consideraban como

acceso al subsidio asistencial por desempleo se produce cuando el emigrante retornado haya cumplido los cincuenta y dos años, siempre y cuando haya cotizado durante seis años a lo largo de su vida laboral y acredite que cumple todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a la pensión contributiva de jubilación (art. 215.3 LGSS)⁸⁸. Igualmente, el emigrante retornado podrá ser beneficiario, por aplicación del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, del programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo [art. 2.2.b)].

Especial situación en materia de subsidio de desempleo se produce respecto de un emigrante retornado de algún país perteneciente al Espacio Económico Europeo o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo. Este colectivo podrá percibir su prestación de acuerdo con la legislación vigente y en aplicación de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social o los Convenios correspondientes. Los emigrantes retornados de algún país perteneciente al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, están excluidos de la protección del artículo 215.1.c) de la LGSS⁸⁹. No obstante, dicho cambio normativo ha sido criticado debido a que las normas comunitarias sobre desempleo establecen unos requisitos que no cumple una gran mayoría de los emigrantes retornados del espacio económico europeo, ya que se les exige tener cotizaciones en España después de retornar. Asimismo, la normativa comunitaria contempla el pago de la prestación y del subsidio por desempleo del país donde se cotizó y que se abonará en España solamente durante un período máximo de tres meses, produciéndose, pues, un gran perjuicio para este colectivo. Por su parte, el Gobierno justificó la medida legislativa en el hecho de que los emigrantes retornados de países comunitarios podrían beneficiarse de la renta activa de inserción (que tiene la misma cuantía que el subsidio por desempleo). Sin embargo, únicamente podrán ser beneficiarios de la renta activa de inserción los mayores de cuarenta y cinco años. Ello

trabajadores retornados los que hubieran trabajado como mínimo seis meses en el extranjero y en el caso de trabajadores liberados de prisión por libertad condicional o cumplimiento de condena superior a seis meses. El hecho de imponer una duración mínima de la estancia en el extranjero condicionada a la privación de libertad del emigrante no resultaba discriminatorio, ya que la exigencia de un mínimo de duración de la situación de la que deriva el derecho a prestaciones es un dato normativo prototípico en nuestro sistema de Seguridad Social.

88. *Vid.* IGLESIAS CABERO, 2003, pp. 51 y ss.; FERNÁNDEZ DE MATA, 1997, pp. 249-349; y ROJAS CASTRO, 1998, pp. 389-428.

89. En su versión posterior por aplicación de la Ley 45/2002, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

supone que muchos emigrantes retornados de países comunitarios estarán excluidos por no alcanzar dicha edad⁹⁰.

Conviene indicar que la cuantía del subsidio asistencial por desempleo equivale al ochenta por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en cada momento (art. 217.1 LGSS). En el caso de acceso a la prestación por desempleo cuando el emigrante retornado tienen cumplidos los cincuenta y dos años, y cumple con los requisitos del artículo 215.3 LGSS, la cuantía del subsidio se determinará durante los seis primeros meses de su percepción en función de sus responsabilidades familiares. En este sentido, la cuantía será del ochenta por ciento cuando el trabajador tenga uno o ningún familiar a su cargo, ciento siete por ciento si tienen dos familiares a su cargo o ciento treinta y tres por ciento si tiene tres o más familiares a su cargo (art. 217.3 y 2 LGSS)⁹¹.

4.2.6. Fomento del empleo

En materia de fomento del empleo, se refuerzan los instrumentos de información, orientación y formación, respecto de los españoles en el exterior y retornados, dando una mayor atención a aquellos colectivos que encuentran especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, esto es,

90. La Ley 40/2006 prevé que el Estado adoptará las medidas necesarias para que la acción protectora de la Seguridad Social se extienda a los españoles que se trasladen al exterior por causa de trabajo y a sus familiares. No obstante, en este punto, el CES apuntó que «debería examinarse si los emigrantes retornados de países pertenecientes al Espacio Económico Europeo o con los que exista convenio sobre protección por desempleo, tienen el mismo nivel de protección respecto a la percepción del subsidio por desempleo que el resto de los retornados y, en caso contrario, deberían revisarse los requisitos de acceso al subsidio para ser incorporado a este aspecto al Anteproyecto» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 6). Precisamente, se ha apuntado que «la exclusión de los trabajadores emigrantes retornados de determinados países, entre ellos los retornados del EEE, que son una gran mayoría, está pensada en favor exclusivo de la Seguridad Social Española, que se ahorra no sólo el pago del subsidio por desempleo a miles de emigrantes retornados durante 18 meses, sino el pago del subsidio por desempleo para los emigrantes retornados mayores de 52 años hasta los 65 años, e incluso el pago de la pensión de jubilación» (ROJAS CASTRO, 2002).

91. En materia de desempleo, podemos destacar la STC 262/1988, que se planteaba el tema relativo al cómputo del plazo para solicitar la prestación por desempleo ante la Administración española, esto es, si éste comenzaba a contar desde la expedición de la autorización de regreso del emigrante o desde su notificación efectiva. El TC vino a declarar, en aplicación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que la expedición de la autorización de regreso a España sólo podía surtir efectos para el interesado desde el momento en que le fuera notificada la resolución administrativa, ya que dicha formalidad supone que la persona conoce efectivamente el acto administrativo y puede, pues, optar a la prestación por desempleo.

jóvenes, y mujeres con problemas de inserción laboral. Concretamente, se apuesta por la mejora del sistema de información a través del Sistema Nacional de Empleo. A dichos efectos, se promoverá el acceso a la información necesaria que permita a los españoles demandantes de empleo en el exterior y a los retornados, la búsqueda de trabajo y la mejora de sus posibilidades de ocupación (arts. 21 y 22 Ley 40/2006)⁹².

Estamos ante una medida que ya se preveía expresamente en la Ley de Empleo, Ley 56/2003, de 16 de diciembre. En este sentido, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas fomentarán el desarrollo de acciones de información y orientación al empleo en el extranjero, así como programas de ayudas o convenios con entidades públicas o privadas. De igual modo, en materia de fomento del empleo la Ley 40/2006 prevé la aplicación de un plan de promoción de empleo e incorporación laboral de los emigrantes retornados y de sus familiares. A tal efecto, se prevé la posibilidad de que se les considere colectivo prioritario en los Planes Nacionales de Acción para el Empleo. Ello se ajusta a las directrices de la Estrategia de Lisboa, que presupone la necesidad de abordar un enfoque integrado de las directrices de empleo en un único programa nacional. El Estado se compromete a velar por las condiciones del desplazamiento de profesionales españoles por empresas radicadas en el exterior, a facilitar la contratación de trabajadores españoles residentes en el exterior y a establecer visados de búsqueda de empleo para hijos o nietos de españoles de origen.

4.2.7. Asistencia sanitaria

En materia de asistencia sanitaria en casos de retorno, se reconoce este derecho siempre que no lo tuviesen por otro título, derecho que se extiende a los pensionistas españoles de origen residentes en el exterior en sus desplazamientos temporales a nuestro país. Asimismo, se garantiza la asistencia sanitaria para los trabajadores por cuenta ajena españoles de origen residentes en el exterior que se desplacen temporalmente a España y a los familiares a su cargo (art. 26 RD 8/2008)⁹³.

92. En este sentido, el CES considera que «más que establecer derechos en materia de empleo y ocupación, se recogen compromisos de actuación de los poderes públicos en esta materia» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 8).

93. *Vid.* La Resolución de 25 de febrero de 2008, conjunta de la Dirección General de Emigración y de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula el procedimiento para acceder a la asistencia sanitaria para españoles de origen retornados y para pensionistas y trabajadores por cuenta ajena españoles de origen residentes en el exterior que se desplacen temporalmente al territorio nacional.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Los beneficiarios de la asistencia sanitaria en el extranjero serán aquellas personas que carezcan de la cobertura de asistencia sanitaria en el país de residencia o cuando su contenido y alcance sean insuficientes (art. 21 RD 8/2008). Concretamente, se asegura el coste total de la asistencia, sin incidir en la prestación económica, lo cual supone un cambio sustancial respecto de la situación anterior en la que el interesado debía costear personalmente la asistencia sanitaria total o parcialmente⁹⁴. De igual modo, el Real Decreto 8/2008 contempla el procedimiento para garantizar la cobertura de la prestación a los beneficiarios residentes en el exterior y establece un sistema de evaluación de la protección que se dispensa por parte de las entidades que prestan la cobertura de asistencia sanitaria (arts. 21-24 RD 8/2008).

En relación al acceso a la asistencia sanitaria de los emigrantes españoles, cuya actividad productiva se desarrolle por cuenta propia, es preciso señalar que reglamentariamente se contemplan normas específicas relativas a su especial situación jurídica. En concreto, el régimen a observar se determina en el Real Decreto 1564/1998, de 17 de julio, regulador de la cobertura de la prestación de asistencia sanitaria de los emigrantes españoles trabajadores por cuenta propia en el exterior, en los supuestos de estancia de los mismos y sus familiares en territorio español o de residencia de estos últimos en el extranjero.

Finalmente, en materia de asistencia sanitaria, conviene tener presente la Resolución de 25 de febrero de 2008, de la Dirección General de la Emigración y de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre asistencia sanitaria para emigrantes retornados y residentes españoles en el exterior temporalmente desplazados en España.

4.2.8. Asistencia y ayudas sociales

Asimismo, podemos destacar otras medidas de carácter asistencial convocadas periódicamente por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Se trata de ayudas de índole asistencial a favor de los emigrantes retornados y sus familiares que persiguen igualmente la aplicación directa del objetivo constitucional del retorno. Estas ayudas se aplican en ejecución de programas asistenciales en beneficio de los españoles emigrantes no residentes en España (Orden TIN 2378/2009), siendo necesario, con carácter general, haber trabajado en el exterior durante un determinado período de tiempo y que

94. En este punto, se tendrá la cartera de servicios comunes del SNS regulada en el RD 1030/2006, que establece las prestaciones sanitarias y farmacéuticas garantizadas en España a los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud.

el retorno se haya producido recientemente⁹⁵. Estas ayudas junto a la compensación total o parcial de los gastos extraordinarios derivados del retorno, también contemplan ayudas que favorecen el autoempleo o el trabajo asociado (estatales o autonómicas, según los casos), ayudas para el desarrollo de acciones de información sociolaboral y orientación a favor de emigrantes españoles retornados, programas de formación profesional de carácter ocupacional para emigrantes retornados, etc.⁹⁶.

Asimismo, destaca la promoción de la red de servicios sociales para mayores o personas en situación de necesidad que residen en el exterior. En este sentido, los poderes públicos deberán apoyar a los centros y asociaciones de españoles en el exterior y retornados en el Estado español que cuenten con infraestructuras adecuadas para la atención de personas mayores o en situación de dependencia. Y, asimismo, se desarrollarán medidas específicas, especialmente de carácter asistencial, sanitario y farmacéutico, encaminadas a la consecución del bienestar integral (art. 20 Ley 40/2006).

4.3. DERECHOS RELATIVOS A LA EDUCACIÓN Y A LA CULTURA

El catálogo de derechos relativos a la educación y a la cultura se traduce en los derechos a la educación, homologación, convalidación y reconocimiento de títulos y estudios extranjeros, así como el acceso a las lenguas y culturas españolas. Se trata, en definitiva, de una serie de derechos que tienen con el fin de mantener vivos los vínculos culturales con los españoles residentes en el extranjero. Así, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas promoverán el acceso a la educación en sus distintos niveles en los países de residencia, fomentando el acceso al sistema educa-

95. De igual modo, podemos destacar las ayudas asistenciales de carácter extraordinario a favor de emigrantes, que cubren la asistencia sanitaria de españoles residentes en el exterior, las ayudas asistenciales para emigrantes españoles incapacitados para el trabajo residentes en Iberoamérica y Marruecos, las ayudas de carácter educativo, cultural y a favor de instituciones y asociaciones convocadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

96. P. ej., en materia de asistencia sanitaria en los supuestos de retorno a nuestro país, conviene indicar que si la emigración se realizó a algún país de la Unión Europea y si era titular de una prestación en ese Estado que le permitía el disfrute de la asistencia sanitaria, dicha atención también estará cubierta para el emigrante y sus familiares al fijarse la residencia en España. Si se emigró a un país extracomunitario con los que existe convenio de Seguridad Social, que contempla la exportación de la asistencia sanitaria en residencia habitual, de igual modo se reconocerán las prestaciones sanitarias una vez realizado el retorno a nuestro país (así, Convenios con Marruecos y Principado de Andorra). En caso de ausencia de convenio internacional, o si bien éste no incluye la exportación de prestaciones sanitarias, los emigrantes retornados tendrán que firmar un convenio especial de asistencia sanitaria con la Seguridad Social española para tener acceso a la misma (GETE CASTRILLO, 1996, pp. 1341-1347).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tivo español y la creación y mantenimiento de centros educativos en el extranjero. De igual modo, se promoverá la realización de estudios universitarios en España mediante la concesión de becas o mediante el acceso a la universidad de forma no presencial gracias al uso de las nuevas tecnologías, así como la adopción de iniciativas que permitan la simplificación y agilización de los procedimientos de homologación y reconocimiento de títulos y estudios extranjeros (arts. 23 y 24 Ley 40/2006)⁹⁷.

Sin perjuicio de los derechos en materia educativa, especial mención merece el fomento de la lengua y las culturas españolas. En este sentido, los poderes públicos están llamados a «facilitar a los descendientes de españoles residentes en el exterior el conocimiento del castellano y podrá adoptar, en colaboración con las Comunidades Autónomas, las medidas precisas para favorecer el conocimiento de sus lenguas cooficiales», mediante programas adaptados a las circunstancias del país de acogida que cuenten con beneficios de acceso y garantías de continuidad. De igual modo, los poderes públicos realizarán las labores de divulgación tanto de la diversidad cultural española como del patrimonio cultural común, en colaboración con las asociaciones de españoles en el exterior (art. 25 Ley 40/2006).

5. DEBERES DE LOS PODERES PÚBLICOS EN MATERIA DE RETORNO

Como hemos indicado, en las últimas dos décadas los emigrantes están retornando a nuestro país de forma incesante. Precisamente, el propio artículo 42 CE se aprueba en un contexto normativo en el que ya era una realidad el retorno de emigrantes a nuestro país. Tal es la importancia de la política de retorno que incluso la doctrina se cuestiona qué aspecto prevalece en el mandato contenido en el artículo 42 CE, esto es, si pondera la tutela de los intereses económicos y sociales de la emigración o bien la protección y potenciación del retorno de los emigrantes⁹⁸.

Por ello, el legislador ordinario ha prestado especial atención a este fenómeno, previendo la necesidad de que el Estado en colaboración con las

97. Uno de los problemas más importantes que afectan a los trabajadores emigrantes en el exterior es la convalidación y homologación de sus títulos profesionales, que les permiten ejercer su profesión en el Estado de acogida. Se trata, sin duda, de un aspecto puesto de manifiesto por el Defensor del Pueblo, y que afecta a profesionales que incluso en sus propias especialidades disponen de los correspondientes permisos de residencia y trabajo, y que encuentran especiales condiciones adversas de desarrollo de su profesión a título individual, sufriendo incluso despidos y sanciones. *Vid. Informe 2007*, p. 437.

98. *Vid. ROJO TORRECILLA*, 2004, p. 1531.

Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las Asociaciones de Emigrantes Retornados lleven a cabo una política integral que tutele el regreso de los emigrantes a nuestro país (art. 26 Ley 40/2006). Muy importante, y ciertamente novedosa, es la referencia a una «política integral» en materia de retorno. En este sentido, es especialmente importante el calificativo «integral», que sin duda se refiere al objetivo de unificar y coordinar el conjunto de aspectos inherentes al retorno del emigrante, sobre todo, en materia de integración social y laboral, para lo cual se deberán coordinar las distintas actuaciones de las Administraciones competentes. Ello permitirá que el retorno se realice con una asistencia más eficaz por parte de las autoridades administrativas⁹⁹. Por tanto, la actuación administrativa en fomento del retorno del emigrante no es más que una manifestación del principio de igualdad, de suerte que los poderes públicos deberán adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que dificulten el regreso de los españoles y sus familiares que deseen retornar a nuestro país. En este sentido, se deberá permitir a los españoles retornados el acceso a las prestaciones y beneficios sociales, en las mismas condiciones que los españoles residentes, llamando especial atención a la promoción de políticas que faciliten el acceso a la vivienda de los emigrantes retornados (art. 9.3 CE)¹⁰⁰.

El instrumento administrativo para impulsar las actuaciones en materia de retorno es la «Oficina Española del Retorno», órgano administrativo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Su finalidad básica es facilitar, orientar y asesorar a los españoles que decidan retornar, con el objetivo de materializar su efectiva inserción social y laboral en España. De igual modo, conviene subrayar que la Oficina Española del Retorno, como órgano de la Administración General del Estado, convivirá con las agencias propias de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, lo cual requerirá evidentemente la cooperación necesaria en el intercambio de información sobre acciones y necesidades del colectivo. Igualmente, estos objetivos

-
99. Ciertamente, se ha subrayado la necesidad de la actuación coordinada de los poderes públicos para facilitar el retorno de los emigrantes españoles, ya que la armonización de las diferentes actuaciones permitirá una mejor atención al emigrante retornado. Ello supone la posibilidad de intervención de todas las instancias con capacidad de intervención, a saber, Administración central, autonómica, local e interlocutores sociales. La preocupación por la coordinación administrativa se puede encontrar ya en los trabajos del Consejo General de la Emigración. *Vid.* Informe presentado al Parlamento, 1998.
100. En este sentido, el CES considera que se debería prestar «especial atención a evitar la discriminación de la mujer que retorne sin recursos propios para que pueda acceder a determinadas prestaciones o ayudas aunque no acredite períodos de trabajo en el exterior» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 4).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

necesitan lógicamente de la cooperación necesaria con las asociaciones y centros en el exterior, así como con las asociaciones de retornados. Se trata, en definitiva, de permitir la presencia de las Administraciones Públicas españolas a los efectos de facilitar la programación del retorno a España (art. 27 Ley 40/2006).

Como hemos destacado, el aspecto más importante en materia de retorno es el fomento del trabajo del emigrante y el acceso a las prestaciones sociales a la llegada a nuestro país. Por ello legalmente se anuncia la necesidad de realizar reformas normativas que permitan la acción protectora de la Seguridad Social y el fomento del empleo. El ingreso al mercado de trabajo de los emigrantes retornados que lo deseen es una pieza esencial de la integración del colectivo en España. El objetivo sería fomentar las posibilidades de empleo y mejorar las condiciones que permitan la ocupabilidad del emigrante retornado. Por ello «el Estado y las Comunidades Autónomas promoverán el desarrollo de un servicio específico, que planifique acciones de información, orientación y asesoramiento encaminadas a facilitar la inserción social y laboral de los españoles retornados, a través de los correspondientes programas de ayudas o de convenios con entidades públicas o privadas que tendrá como objetivo su inserción en el mercado de trabajo» (art. 28 Ley 40/2006). Entre las medidas de estímulo al empleo está la inclusión en el Plan Nacional de Reformas de los emigrantes españoles retornados y sus familiares, así como el impulso de iniciativas de inserción laboral, proyectos de empleo y autocupación por parte de las distintas Administraciones competentes en la materia.

Finalmente, una de las materias relacionadas con el objetivo de estimular el retorno es el reconocimiento de los estudios realizados en el extranjero, especialmente de aquellos que habiliten para el ejercicio de una profesión. Como hemos indicado en materia de derechos educativos, en esta materia lo ideal sería ir progresivamente reduciendo las trabas formales existentes en los procedimientos de homologación de titulaciones académicas y profesionales obtenidas en los países de acogida.

6. RELACIONES ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como hemos indicado, la Administración estatal ejerce con mayor intensidad, en virtud del reparto de competencias constitucionales, la acción de tutela de los derechos económicos y sociales de los emigrantes. No obstante, ello supone la exclusión de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, que intervienen en la materia en menor grado en ejecución de las previsio-

nes legales y estatutarias (en el caso de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social o promoción cultural, art. 148.1.17ª y 20ª CE).

Como sabemos, La Ley 40/2006 ordena el marco de cooperación y coordinación entre las distintas Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 1.2 y 3). En realidad, estamos básicamente ante un deber de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en colaboración con la Administración Local, los agentes sociales y las organizaciones y asociaciones de emigrantes, exiliados y retornados (art. 29 Ley 40/2006). Las Administraciones competentes, agentes sociales y organizaciones deberán, pues, intercambiarse la información a los efectos de alcanzar la coordinación en las actuaciones y programas de ayudas respecto de los emigrantes y retornados.

La Administración estatal ejerce sus competencia en materia de emigración en materia de protección social y económica de los emigrantes y retornados, sin perjuicio de las prestaciones otorgadas por el sistema de Seguridad Social, anteriormente analizadas. La Administración interviene concediendo ayudas convocadas de forma regular por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para los emigrantes retornados. Se trata de ayudas asistenciales de carácter extraordinario que se conceden a los emigrantes retornados, con el fin de facilitar su integración laboral o encaminadas a remover los obstáculos que impidan su participación en programas de formación para el empleo (Orden TIN 2378/2009, de 28 de agosto).

Como sabemos, algunas Comunidades Autónomas han recogido en sus Estatutos de Autonomía referencias a la protección de sus emigrantes y a la necesidad de velar por su retorno, siempre, claro está, respetando la competencia estatal en materia de protección económica y social del trabajador emigrante (arts. 42 y 149.1.2ª CE)¹⁰¹. Por ejemplo, determinadas Comunidades han asumido órganos *ad hoc* encargados de la emigración, como en Galicia (Secretaría General de Emigración adscrita a la presidencia de la Xunta) o en Asturias (Agencia Asturiana de Emigración), o en Canarias (Viceconsejería de Emigración), que gestionan las actuaciones relativas al bienestar de los emigrantes y retornados.

Las Comunidades Autónomas convocan programas especiales a favor de los emigrantes residentes y retornados. Se trata de ayudas asistenciales de carácter individual, o ayudas y subvenciones para la promoción asistencial,

101. En este punto, destacan los casos de Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco, La Rioja, Ceuta y Melilla (GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, pp. 190 y ss.).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

social y cultural¹⁰². Las medidas de las Comunidades Autónomas se aplican con carácter complementario, por tanto, sin sustituir a la protección estatal ejercida en base a su competencia exclusiva (arts. 42 y 149.1.2ª CE). Por su parte, determinadas Entidades Locales (Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales), que cuentan con un gran colectivo de emigrantes, se han ocupado puntualmente de sus necesidades. A diferencia del carácter estable e institucional de las acciones estatales y autonómicas, las ayudas locales se caracterizan por su carácter complementario y ocasional¹⁰³.

Como quiera que debido al reparto de competencias ya analizado la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas son las piezas claves de la política de emigración, se prevé la necesidad de celebrar convenios de colaboración, muy especialmente en materia de retorno (art. 30 Ley 40/2006). Esta posibilidad de suscribir convenios de colaboración se están implantando progresivamente, aunque hasta el momento se trata de un mecanismo de acción administrativa pendiente aún de desarrollo, que permitiría ciertamente articular la actuación administrativa en esta materia. Asimismo, sería deseable que las Administraciones territoriales competentes diseñaran planes y programas conjuntos de actuación relativos a la emigración y al retorno. Ciertamente, este último supuesto supondría un claro ejemplo de eficacia, que evitaría la duplicidad de programas en materia de apoyo a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados (art. 31 Ley 40/2006). Por ello, en materia de cooperación entre las Administraciones territoriales en la política de retorno, la Ley 40/2006 prevé la necesidad de coordinación de las distintas actividades públicas para conseguir un aprovechamiento eficaz de la financiación pública, lo cual propiciará condiciones de regreso a nuestro país más favorables. En este sentido, se plantea la creación de una comisión específica, en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de la que formarán parte representantes de la Administración General del Estado y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y, en su caso, representantes de la Administración Local (art. 29.2 Ley 40/2006).

102. Como quiera que «diversas Comunidades Autónomas cuentan con diferentes medidas de acción social a favor de los emigrantes y retornados [...] es necesario garantizar tanto la cooperación sectorial como la existencia de mecanismos de coordinación entre las distintas Administraciones territoriales competentes, que permitan visualizar el conjunto de ayudas y dispositivos existentes, a fin de garantizar la eficacia y la eficiencia en la protección dispensada por el conjunto de las Administraciones Públicas a estos ciudadanos» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 8).

103. En este sentido, se ha indicado que «Las notas fundamentales que caracterizan estas acciones de las Entidades Locales en favor de los emigrantes son su falta de regularidad y su carácter discrecional» (GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, p. 193).

La colaboración entre Administraciones se produce esencialmente entre la Administración estatal y las Comunidades Autónomas. Esta cooperación se desarrolla en el ámbito de diferentes programas de actuación del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a favor de los emigrantes españoles, así como de los programas de ayudas de las Comunidades Autónomas de origen de la emigración española al extranjero. En este sentido, han proliferado distintos acuerdos de colaboración, en los que se establecen medidas de acción social a favor de los emigrantes y retornados. Se trata de acuerdos entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y distintas Comunidades Autónomas (p. ej., Extremadura, Cataluña, Galicia, etc.) relativos a la coordinación de la acción social en materia de emigrantes. Dichos acuerdos intentan racionalizar los programas públicos de ayuda social y económica dirigidos a estos colectivos. En esta materia está presente el hecho de que las ayudas de las Comunidades Autónomas son desiguales cuantitativa y cualitativamente, de forma que el Estado viene a realizar una función de análisis de las ayudas promovidas y, a partir de ahí, intenta paliar determinadas situaciones en virtud de convenios.