



Máster Universitario en Acceso a la Abogacía
Curso académico 2021–2022
Trabajo Fin de Máster

Retos y argumentos en la defensa del derecho al
empleo, la educación y la sanidad de los
solicitantes de asilo, refugio y protección
internacional.

Mariana Da Silva Chasco Álvaro Ferreira

Tutora
Marina Vargas Gómez-Urrutia

Derecho Internacional Público, Derecho Administrativo, Derecho de Extranjería.

Convocatoria de febrero 2022

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía
Curso académico 2021–2022
Trabajo Fin de Máster

Retos y argumentos en la defensa del derecho al
empleo, la educación y la sanidad de los
solicitantes de asilo, refugio y protección
internacional.

Mariana Da Silva Chasco Álvaro Ferreira

Tutora
Marina Vargas Gómez-Urrutia

Derecho Internacional Público, Derecho Administrativo, Derecho de Extranjería.

Convocatoria de febrero
2022

Resumen

El marco legislativo de intereses contrapuestos, que regula el procedimiento y los derechos fundamentales de los solicitantes de asilo en España, da lugar a una realidad de incertidumbres y vulneraciones amplia y continuamente denunciadas por las ONG's y asociaciones especializadas. Estas organizaciones, con escasos recursos y pocos medios a su alcance, hacen una labor encomiable para proteger y defender a estas personas de la exclusión socioeconómica y sanitaria a la que están abocadas por la confusión, falta de transparencia y compromiso político en la aplicación de las leyes. La seriedad de las denuncias, han estado en el origen del desarrollo del presente trabajo. De este modo, se ha procurado no solo recopilar, describir y analizar la legislación vigente, sino ir más allá, profundizando en la forma en la que el articulado jurídico y legal afecta a la vida de las personas solicitantes de asilo, señalando las disfunciones y los principales ajustes y opciones que faciliten a este colectivo y principalmente a las organizaciones, reivindicar y defender sus derechos.

Por todo ello, a continuación, se analizarán los derechos de las personas solicitantes de asilo en materia de acceso al empleo, educación y salud, conforme a la jurisprudencia nacional, internacional, legislación, convenios y tratados de derechos humanos, en el sentido de averiguar el impacto que está teniendo su aplicación efectiva en la vida de estas personas. Se espera que este análisis permita identificar espacios de mejora en la legislación, en su aplicación y ofrecer, como se ha dicho anteriormente, información sistematizada que pueda ser de utilidad en la defensa de los derechos de los solicitantes de asilo.

Índice general

1. RESUMEN.....	4
2. ÍNDICE GENERAL	4
3. ÍNDICE DE ABREVIATURAS	6
4. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS	7
Introducción.....	7
Objetivos.....	13
Metodología y Estructura	14
5. CAPÍTULO 1: EL EMPLEO	16
1. El derecho al empleo de los solicitantes de asilo.....	16
A) <i>Situación actual en España del acceso al empleo de los solicitantes.....</i>	<i>16</i>
B) <i>Legislación nacional, europea y derechos humanos sobre el derecho al empleo de los solicitantes de asilo.</i>	<i>23</i>
C) <i>Jurisprudencia nacional, europea y derechos humanos sobre el derecho al empleo de los solicitantes de asilo durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo..</i>	<i>28</i>
2. Prohibición en la contratación de personas en situación administrativa irregular	
41	
A) <i>Contratación de personas solicitantes en situación irregular y sus consecuencias..</i>	<i>41</i>
B) <i>Legislación nacional, europea y derechos humanos sobre la contratación de personas en situación administrativa irregular.....</i>	<i>47</i>
C) <i>Jurisprudencia nacional y europea sobre la contratación de personas en situación administrativa irregular.</i>	<i>52</i>
6. CAPÍTULO 2: EDUCACIÓN Y SANIDAD	60
1. Acceso a la Educación de los solicitantes de asilo.	60
A) <i>Dificultades que enfrentan los solicitantes en el acceso a la educación.</i>	<i>60</i>
B) <i>Legislación sobre el acceso a la educación, preescolar y obligatoria de los solicitantes de asilo.</i>	<i>64</i>
2. Acceso a la Sanidad de los demandantes de asilo.	68
A) <i>Dificultades que enfrentan los solicitantes de asilo en el acceso a la sanidad pública y gratuita, y sus consecuencias.....</i>	<i>68</i>
B) <i>Legislación nacional, europea e internacional sobre el derecho a la atención sanitaria.....</i>	<i>75</i>
7. CONCLUSIONES	79
A) <i>Derecho al Empleo</i>	<i>79</i>
B) <i>Derecho a la Educación</i>	<i>84</i>
C) <i>Derecho a la Atención Sanitaria.....</i>	<i>85</i>
8. REFERENCIAS.....	86
Bibliografía.....	86
Legislación	88
Jurisprudencia.....	90
Doctrina	92
9. ANEXOS	93

Índice de abreviaturas

AN – Audiencia Nacional

Art. – Artículo

CCAA – Comunidades Autónomas

CEAR - Comisión Española de Ayuda al Refugiado

CEDH – Convenio Europeo de Derechos Humanos

INEM/SEPE – Servicio Público de Empleo Estatal

LEC – Ley Enjuiciamiento Civil

LJCA – Ley Jurisdicción Contenciosa Administrativa

LOEX – Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

OAR – Oficina de Atención al Refugiado

OMS – Organización Mundial de la Salud

SNS – Sistema Nacional de Salud

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS – Tribunal Supremo

TSJ – Tribunal Superior de Justicia

UE – Unión Europea

UGT - Unión General de Trabajadores

Introducción y objetivos

Introducción

Al terminar la Segunda Guerra Mundial en 1945, surge un movimiento político e ideológico que abogaba por instaurar un sistema jurídico que garantizara la protección internacional de los derechos humanos, incidiendo especialmente en la figura del asilo como forma de ofrecer una red de seguridad a las personas independientemente de su origen. La primera legislación internacional que recoge este espíritu de protección de los derechos humanos es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 14¹). Con la caída del Muro de Berlín y el fin de la Guerra Fría, la Comunidad Internacional recuperó la definición de asilo y los requisitos plasmados en la Declaración Universal, dando lugar a la Declaración de Viena en 1993. Esta establece la definición de asilo de la siguiente manera: “*toda persona, sin distinción alguna, tiene derecho, en caso de persecución, a buscar asilo y a disfrutar de él en otros países, así como a regresar a su propio país*”².

Esta evolución en la legislación internacional abre camino a la conocida Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967. Esta regulación fue acogida por la normativa europea en su Tratado Fundacional (art. 78³) y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 18⁴). Derivado de esta legislación internacional y europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha declarado vehementemente la subordinación del Derecho secundario, en materia de asilo, a la Convención: “*la interpretación de las disposiciones de la Directiva debe efectuarse con observancia de la Convención de Ginebra*”⁵.

Más recientemente, en 2010, la UE crea el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) con el objetivo de conseguir altos estándares de protección y asegurar que casos similares

¹ **Artículo 14:** 1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

² Marina Vargas Gómez-Urrutia, «Asilo, Refugio y Protección Internacional. Acerca de las deficiencias del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) ante la crisis de los refugiados», *UNED-EGEA DE LOS CABALLEROS*, 20 de noviembre de 2015.

³ **Artículo 78:** La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución.

⁴ **Artículo 18:** Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. Todas las personas son iguales ante la ley.

⁵ Marina Vargas Gómez-Urrutia, «Asilo, Refugio y Protección Internacional. Acerca de las deficiencias del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) ante la crisis de los refugiados».

sean resueltos de forma igual, dando lugar a los mismos resultados independientemente del Estado miembro en el que se solicite el asilo⁶. En síntesis, el sistema busca una armonización, aunque sea parcial de la normativa interna de los Estados miembros sobre la figura jurídica del asilo⁷.

Una vez la UE establece como objetivo la armonización de la legislación, entra en vigor la Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, por la que se aprueban, las normas básicas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Asimismo, el Reglamento de Dublín, establece los criterios y mecanismos que debe aplicar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida. También entra en vigor, el Reglamento 603/2013, el cual crea el EURODAC, una base de datos que permite comparar y recabar las impresiones dactilares de todos los solicitantes⁸.

La Directiva 2013/33/UE, atribuye a los Estados miembros la obligación de asegurar un mínimo de condiciones materiales de acogida, como puede ser el alojamiento, la alimentación y el vestuario, así como una asignación económica para evitar la indigencia. Asimismo, establece que debe preservarse la unidad familiar, ofrecer atención médica y psicológica y favorecer el acceso al sistema educativo. Según esta Directiva, el Estado de acogida queda prohibido de limitar el acceso a la atención médica de urgencia (art. 19). Por último, esta normativa recoge el derecho al empleo y a la formación profesional, en España, el derecho al trabajo comienza cuando la solicitud no se resuelve en el plazo de 6 meses⁹, a pesar de que esta Directiva establece un plazo máximo de 9 meses para permitir el acceso al empleo (art. 15).

La situación de España respecto a las peticiones de asilo y refugio

Los derechos recogidos en la legislación internacional y europea inspiran y dirigen la normativa española, como es la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho

⁶ Comisión Catalana de Ayuda al Refugiado, «¿Cuál es el Papel de España en el Desarrollo de Buenas Prácticas a Nivel Internacional?», s. f., 7.

⁷ Marina Vargas Gómez-Urrutia, «Asilo, Refugio y Protección Internacional. Acerca de las deficiencias del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) ante la crisis de los refugiados».

⁸ Marina Vargas Gómez-Urrutia.

⁹ Marina Vargas Gómez-Urrutia.

de asilo y de la protección subsidiaria¹⁰, el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de Asilo y de la condición de Refugiado, la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y su respectivo reglamento de aplicación¹¹. Estas últimas dos normas están dirigidas a los inmigrantes en general, pero contienen regulación que se aplica a los solicitantes de asilo y protección internacional. A este trabajo le corresponderá la labor de analizar esta legislación nacional, a la luz de la normativa europea e internacional, para poder concluir si esta cumple lo establecido por instancias superiores, además de averiguar si en realidad se está aplicando correctamente la legislación vigente.

Para tener una mejor perspectiva de la situación de España respecto a las peticiones de asilo y refugio, conviene acudir a los datos y análisis oficiales. La Oficina de Asilo y Refugio ha venido registrando un incremento considerable en las solicitudes de asilo desde el 2013, con un repunte en el año 2015 coincidiendo con la “*crisis de los refugiados*”, así denominada por el alto número de personas que llegaron por vía marítima, superando la capacidad de respuesta de los Estados miembros como de la UE. De hecho, en el año 2015, la OAR recibió 2,5 veces más solicitudes de asilo que en 2014, en el año 2019 registró más del doble de solicitudes que en 2018 y casi 46 veces más que en 2012. Incluso, en 2020, a pesar de la pandemia del Covid-19, España fue el Estado de la UE que recibió un mayor número de solicitudes de asilo y protección internacional, por detrás de Francia y Alemania¹².

No solo se ha producido un incremento significativo de solicitudes de asilo a lo largo de la última década, sino también se han registrado cambios en el perfil del solicitante. En efecto, el perfil del solicitante en 2012 era predominantemente africano. Sin embargo, en el período 2015-2016, derivado de la crisis del Mediterráneo oriental, la mayor parte de los solicitantes eran nativos de Siria, Afganistán e Irak. A finales del año 2016, la nacionalidad mayoritaria de los solicitantes cambia otra vez, causado por la evolución de

¹⁰ **Artículo 2. El derecho de asilo.** El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967.
Artículo 3. La condición de refugiado. La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.

¹¹ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

¹² Subdirección General de Protección Internacional y Oficina de Asilo y Refugio, «Informe de actividad 2020», mayo de 2021.

los conflictos geopolíticos latinoamericanos. España se convierte así en el país de acogida por excelencia de los latinoamericanos, siendo que, en 2020, un 87,4% de los solicitantes provienen de esta región (especialmente colombianos y venezolanos)¹³.

Este flujo migratorio tan elevado de personas susceptibles de asilo y la baja dotación de recursos para la resolución de las solicitudes genera un cuello de botella, dejando cada año en España más de 100.000 solicitudes sin resolver, retrasando el acceso al estatuto de refugiado o a la protección internacional. Lo cierto es que desde el año 2012 hasta el 2020 se concedieron de media un 3,75% de las peticiones de asilo y el 8,15% de las demandas de protección subsidiaria. Teniendo en cuenta la baja tasa de resoluciones positivas, los solicitantes, gracias a la ayuda de las ONG's, asociaciones especializadas o a la asistencia jurídica gratuita a la que tienen derecho, recurren ante la Audiencia Nacional la resolución de denegación, aunque no suelen obtener mejores resultados¹⁴.

El programa de acogida de los solicitantes está compuesto por tres fases: (1) evaluación y derivación, (2) acogida y (3) autonomía. En la práctica, la primera fase (1) de evaluación y derivación se considera como la fase cero, y de este modo se tiene solamente en cuenta la fase (2) de acogida y la (3) de preparación para la autonomía.

Concretamente, las fases se caracterizan por:

- Fase cero de derivación y evaluación, en la que se valora el perfil y las necesidades de los solicitantes para su derivación al recurso más adecuado.
- Fase de acogida en un centro que se encarga de cubrir las necesidades básicas del destinatario: alojamiento, manutención y otras necesidades que permitan el desarrollo de su posterior independencia, como puede ser el conocimiento del idioma. Es importante advertir, que durante este periodo legalmente no pueden acceder al empleo. Esta fase tiene una duración máxima de 6 meses, salvo que el expediente se resuelva antes, aunque se puede prorrogar más de 6 meses hasta la notificación de la resolución administrativa (art. 5.1 de la Orden de Centros de Acogida a Refugiados y Asilados). Esta prórroga se concede a personas muy vulnerables o familias, aunque no es muy común.
- Fase de preparación a la autonomía en la que los solicitantes ya no residen en el centro, aunque reciben apoyo para su inserción sociolaboral, y pueden recibir algunas ayudas económicas que suelen ser insuficientes. En la fase anterior, se asume que ya han adquirido todas las habilidades que le permiten desarrollar una

¹³ Subdirección General de Protección Internacional y Oficina de Asilo y Refugio.

¹⁴ Subdirección General de Protección Internacional y Oficina de Asilo y Refugio.

profesión, y con base en esa suposición, que los estudios indican que está muy lejos de la realidad, se reducen en esta etapa las ayudas y el acceso a la formación. En esta línea cabe mencionar que, en enero de 2021, la Secretaría de Estado de Emigraciones, publicó una instrucción¹⁵ que restringe la fase de preparación para la autonomía exclusivamente a las personas que ya les han concedido el estatuto de asilo o protección internacional, porque el retraso en la resolución de los expedientes estaba causando un colapso en los servicios de la administración.

Es perentorio reconocer que el acceso al mercado laboral es determinante para la inserción sociolaboral y autonomía económica de los solicitantes de asilo. Sin embargo, tal y como se recoge en estudios publicados sobre esta materia, estos se encuentran con multitud de trabas que les impiden acceder a un empleo digno. Entre ellas se encuentra la falta de conocimiento del idioma de acogida, la falta de sensibilización de las empresas sobre el procedimiento de solicitud del asilo y la rigidez del Servicio Público de Empleo¹⁶. Derivado de estos obstáculos, las personas trabajadoras pertenecientes a este colectivo terminan concentrándose en sectores de actividad que generan empleos de riesgo y de baja calidad, incrementando todavía más su grado de vulnerabilidad. También, los solicitantes más cualificados tienen grandes dificultades a la hora de encontrar un empleo adecuado a su perfil técnico-profesional por la dificultad de certificar u homologar tanto las capacidades adquiridas como su educación previa, lo que los lleva a aceptar trabajos peor remunerados¹⁷. Además, como se verá más adelante, la legislación no les permite tener un empleo estable, generando una situación de incertidumbre que compromete la vida de estas personas y de sus familias.

En este sentido, la Comisión en el *Marco Europeo para la Integración*, recomendó a los países: reducir la discriminación laboral a través de la implementación de políticas públicas y legislación adecuada; la inclusión de los interlocutores sociales en el diseño y aplicación de las políticas públicas y la legislación; fomentar la contratación y apoyar la creación de empresas por las personas migrantes¹⁸.

¹⁵ Instrucción SEM 1/2021 por la que se modifica el manual de gestión (versión 4.1) del sistema de acogida de protección internacional y el procedimiento de gestión del itinerario de protección internacional aprobados por la instrucción DGI/AH 2020/05/15, en relación con los requisitos para el acceso a la segunda fase del sistema de acogida de solicitantes y beneficiarios de protección internacional.

¹⁶ Defensor del Pueblo, «Acogida e integración de refugiados. Grupo de trabajo sobre empleo | Defensor del Pueblo», accedido 13 de noviembre de 2021, <https://www.defensordelpueblo.es/jornada-refugiados/conclusiones-y-propuestas-en-empleo/>.

¹⁷ Ana Paloma Abarca Junco y Marina Vargas Gómez-Urrutia, «Un proyecto para encauzar la acción legislativa en la “agenda para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea”», 2006, 56.

¹⁸ Junco y Gómez-Urrutia.

En este marco, parecía igualmente relevante desvelar las cuestiones jurídicas y personales que surgen, caso decidan recurrir la resolución administrativa denegatoria de la petición de asilo, pues en este periodo, que puede ser más de un año, no se les permite trabajar¹⁹, llevándolos en muchos casos a la indigencia. Este trabajo, además abordará desde la perspectiva jurídica, el derecho al empleo durante el período del recurso contencioso-administrativo, al ser en este sentido, el periodo de mayor vulnerabilidad. Esta situación surge porque, en la práctica, una vez el solicitante obtiene la resolución de denegación, se desencadenan unos efectos, entre ellos la salida del territorio y la suspensión de la autorización para poder trabajar, incluso si deciden recurrir la resolución en los tribunales. La única forma de poder prolongar el permiso de trabajo, durante el período del recurso, según la Directiva 2013/33/UE y el Reglamento que desarrolla la Ley de asilo, es mediante la concesión de las medidas cautelares, que permitan la suspensión de los efectos de la denegación. De este modo, esta suspensión es condición *sine quanon* para el acceso al empleo durante este periodo. Por todo ello, la jurisprudencia y legislación sobre la concesión de las medidas cautelares en los procedimientos contencioso-administrativos de solicitud de asilo tienen un papel protagonista a la hora de estudiar el derecho al empleo, papel atribuido por la misma directiva.

En materia de acceso a la educación, cabe recordar que en los centros educativos no solo se reproducen procesos, creencias, actitudes, comportamientos, hábitos, etc., en un fenómeno de socialización bien conocido, sino que también se “*ensayan*” nuevos modelos culturales que serán el germen de la sociedad del futuro. La verdadera inclusión, social, económica y cultural de los solicitantes de asilo precisa de un sistema educativo que acoga debidamente e integre a estas personas. Sin embargo, en materia de acceso a la educación, los solicitantes registran una tasa de abandono escolar en la etapa obligatoria que duplica la de los nacionales, a pesar de que la Directiva 2013/33/UE y la legislación nacional, prevén, en el caso de que sea necesario, la posibilidad de ofrecer clases preparatorias, en las que se incluye el aprendizaje del idioma de acogida. Además, si deciden continuar sus estudios, se encuentran con un sistema educativo rígido, en el que resulta difícil acceder a la educación postobligatoria²⁰. Lamentablemente, los recursos para la inclusión educativa de este colectivo escasean en la mayoría de las Comunidades Autónomas y todo apunta a que no son los más adecuados. En ese sentido, la Comisión propuso incluir la

¹⁹ Junco y Gómez-Urrutia.

²⁰ Comisión Europea, «Monitor de la Educación y la Formación de 2020 - ESPAÑA», 2020, 25.

diversidad en el currículo académico, teniendo en cuenta los problemas específicos de esta población.

Para terminar de ofrecer una visión integral de lo que se presentará a continuación, es imprescindible abordar el problema de acceso a la sanidad de forma gratuita. En este caso, los demandantes de asilo también tienen que superar barreras en lo que respecta al derecho a recibir atención sanitaria primaria y urgente, aunque cuenten con el documento de formalización de la solicitud de asilo, el cual debería proporcionar el acceso gratuito a la sanidad pública española. Estas barreras en el acceso a la atención sanitaria se pueden resumir brevemente en los siguientes puntos fundamentales: la incapacidad de comunicación con los sanitarios, por la ausencia de conocimiento del idioma; la falta de formación de los profesionales en salud global, sobre las necesidades específicas que manifiesta este grupo; y los requisitos burocráticos a menudo insalvables que varían en función de la Comunidad Autónoma en la que residen.

Objetivos

Esta materia, referente al asilo y la protección internacional, resulta bastante compleja, pues la legislación es dispersa y en ocasiones poco concisa. Además, del hándicap que tiene España a la hora de conseguir la armonización de la aplicación y desarrollo de las competencias cedidas a las Comunidades Autónomas, como es el caso de la educación y la sanidad. Esta legislación y normativas de desarrollo se ven fuertemente influenciadas por el hecho de que las instituciones nacionales e internacionales, a la hora de legislar, no pierden de vista un aspecto esencial para la UE, que es el control de fronteras y evitar la emigración irregular o “en masa” como ocurrió en el 2015.

Este marco, legislativo, de intereses contrapuestos, y que da lugar a una realidad muy dura que viven los solicitantes de asilo en España, crea grandes vulneraciones de derechos que enfrentan cada día las ONG’s y asociaciones especializadas, que, con muy poco tiempo y recursos, hacen una labor incalculable para proteger y defender a los solicitantes de asilo. Al mismo tiempo, estas ONG’s y asociaciones, demuestran, en sendas ocasiones, a los gobiernos, las sucesivas vulneraciones de derechos humanos de las personas solicitantes de asilo, refugio o protección internacional. La seriedad de estas denuncias indica la necesidad perentoria de no solo realizar un trabajo de recopilación y descripción de la legislación, sino también incluir la forma en la que afecta el articulado jurídico y

legal a la vida de las personas solicitantes de asilo, señalando los principales ajustes y opciones que permitan a este colectivo conocer y reivindicar sus derechos.

Por todo ello, el presente trabajo pretende analizar los derechos básicos que garantizan la supervivencia de las personas solicitantes de asilo, en el sentido de averiguar si están siendo garantizados, o no, y en qué medida, pudiendo explicar la realidad conforme a la jurisprudencia nacional, internacional, legislación, los convenios y tratados de derechos humanos. Específicamente, los derechos considerados más básicos por este trabajo, que son esenciales para el desarrollo de su vida y para conseguir la completa integración son: el empleo, por ser el que garantiza el acceso al mercado laboral y la autonomía económica; la educación tanto como pilar de integración, como referido al reconocimiento de títulos o habilidades adquiridas en el país de origen; y, por último, la sanidad, se investigará las dificultades en el acceso a la sanidad “universal”. Asimismo, se busca confrontar las dificultades y obstáculos en el ejercicio de estos derechos, con la legislación, como si de un espejo se tratase, para saber si efectivamente la realidad es el exacto reflejo de la legislación deficiente, que vulnera los derechos humanos, y a qué nivel (nacional, internacional o europea), o, por el contrario, no se está cumpliendo con la legislación y qué consecuencias tiene en la vida de los solicitantes.

Metodología y Estructura

Este trabajo se ha elaborado a partir de la lectura y análisis de informes nacionales e internacionales sobre la materia que nos ocupa, publicados por instituciones públicas y ONG's. Asimismo, se ha recurrido al Boletín Oficial del Estado, al Diario Oficial de la Unión Europea y a Naciones Unidas, para obtener la legislación aplicable en cada caso. Además, se han realizado consultas en las bases de datos jurídicas, como es el CENDOJ o las facilitadas por la universidad, para el análisis de la jurisprudencia. Por último, este trabajo ha contactado con informantes clave como (ACNUR, CEAR y Fundación Melilla Acoge), así como con las Administraciones públicas, para recabar información sobre su interpretación de la legislación y de la realidad que experimentan los solicitantes de asilo. El presente trabajo se encuentra estructurado según 3 temas, que resultan ser 3 derechos de los solicitantes de asilo reconocidos por la legislación internacional, europea y nacional: el empleo, la educación y la sanidad.

La metodología será similar en todos los ámbitos de estudio: primero se abordará la situación de las personas solicitantes en relación con cada uno de los derechos y en qué medida su ejercicio se encuentra comprometido por un problema de legislación o por una

inadecuada aplicación de la ley. Todo ello se analiza a la luz de la legislación nacional, europea e internacional sobre cada materia. Consecuentemente, la metodología utilizada permitirá reflexionar sobre los espacios de mejora, tanto en el desarrollo de la normativa como en su aplicación.

Comenzando por el empleo, se hará una exposición de la situación de las personas solicitantes, sus dificultades y necesidades, a través de informes y estudios nacionales, con el objetivo de transmitir cada una de las barreras sociales e institucionales que tienen que superar para poder acceder a un trabajo remunerado. Posteriormente, se comparará con el análisis de la legislación y jurisprudencia, a todos los niveles, referente a la suspensión de los efectos de la denegación de la solicitud, mediante la concesión de las medidas cautelares. Tal como se ha comentado anteriormente, el período más difícil para las personas solicitantes de asilo tiene lugar durante la tramitación del recurso contencioso, por los efectos que desencadena la resolución de denegación, entre los que está la prohibición de acceder al empleo. Por ello, al abordar los argumentos principales de la jurisprudencia respecto de la suspensión de los efectos de la denegación, a través de las medidas cautelares en el procedimiento judicial, se podrá garantizar el derecho al empleo durante el año que suelen durar estos procedimientos. La jurisprudencia nacional e internacional sobre la suspensión de los efectos de la denegación y los derechos de los solicitantes que deciden recurrir es clave a la hora de recabar argumentos que permitan proteger el derecho al empleo de este colectivo.

Una vez expuesta la realidad de los solicitantes, que les empuja acceder al empleo sin contar con el permiso para ello, se abordarán las dificultades y consecuencias que pueden sufrir los empleadores en caso de contratar a personas en situación administrativa irregular o en condiciones de explotación. Asimismo, se estudiará la consecuencia más gravosa para los solicitantes de asilo, que deciden trabajar de forma irregular, como es, la expulsión del país de acogida.

El siguiente apartado abordará el derecho a la educación, primero se entrará en la realidad de las escuelas, la integración en las aulas, las dificultades que enfrentan estos menores en su ejercicio efectivo del derecho a la educación y la diversidad de respuestas de las Comunidades Autónomas a las necesidades de este colectivo. Después, se observará en detalle la legislación, en los 3 niveles, referente a la educación obligatoria y con algunas menciones a la postobligatoria, específicamente en lo que atañe a la convalidación de títulos y capacidades profesionales. Este análisis permitirá saber en qué aspectos no se garantiza la aplicación de la legislación.

El último epígrafe se sumergirá en la legislación sanitaria, también teniendo en cuenta los tres niveles, para averiguar si desde el punto de vista normativo los solicitantes tienen acceso a la atención sanitaria, y desde qué momento del proceso. Además, se abordarán los servicios y el nivel de asistencia al que tienen derecho, si es equiparable o no al recibido por los españoles y, una vez más, se identificarán las dificultades que tienen a la hora de lidiar con esta legislación sanitaria, de por sí tan compleja y cambiante en los últimos años.

Todo el análisis legislativo, jurisprudencial y de los informes a los que ha tenido acceso el presente documento, permitirán identificar las incongruencias entre la legislación vigente, su aplicación y conocer el impacto que está teniendo en la vida de los solicitantes de asilo en materia de empleo, educación y salud y, por ende, en el ejercicio efectivo de sus derechos. Se aspira a poder identificar las deficiencias, encontrar espacios de mejora referentes al acceso a estos tres derechos y formular algunas propuestas que permitan mejorar las condiciones de vida de los solicitantes de asilo y protección internacional.

Capítulo 1: El Empleo

1. El derecho al empleo de los solicitantes de asilo

A) Situación actual en España del acceso al empleo de los solicitantes.

Encontrar un trabajo en el país de acogida es uno de los desafíos más sustanciales para las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional, por ser la clave para su inclusión y para su autonomía económica.

Recientemente en España, el impacto de la crisis de la COVID-19 ha afectado de manera especialmente grave a algunos de los grupos más vulnerables del mercado laboral: trabajadores con salarios bajos y empleos precarios, así como mujeres y trabajadores jóvenes poco cualificados. Ante esta situación inédita y sobrevenida, con la expansión acelerada del virus y de sus variantes, la aprobación del estado de alarma en todo el territorio español el 14 de marzo de 2020 y el confinamiento obligatorio, todo ello ha derivado en la introducción de cambios en todos los programas que afectan a la acogida e inclusión, para adaptarlos a las circunstancias producidas por la emergencia sanitaria. En ese sentido, considerando que los datos relativos al mercado de trabajo en general, y

en especial los de las personas solicitantes de asilo, se han visto afectados en su comportamiento y evolución por la pandemia, se ha considerado más adecuado para el logro de los objetivos de este trabajo, centrar la investigación en datos anteriores a esta situación de excepcionalidad, que se sigue experimentado en el país y en todo el mundo. Se empezará por analizar las tasas de empleabilidad, la calidad del empleo, y el tipo de trabajos que realizan, ahondando en las dificultades a las que se enfrentan las personas demandantes de asilo, sus causas y consecuencias. Es necesario destacar que los datos públicos de empleo de la población solicitante de asilo y refugio en España, se encuentran agregados a los de la ciudadanía extranjera, por lo que ha sido esencial para el desarrollo de este punto, el trabajo realizado en el ámbito del “*Estudio de mercado laboral para personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional y análisis de impacto del programa de asilo fomento de la integración sociolaboral y trabajo en red*”, sobre el periodo 2017/2018 del programa Fomento de la Integración Socio laboral y trabajo en Red (FISR) publicado por CEAR, además del Informe Anual de 2020 de la misma Comisión y el informe del Defensor del Pueblo “*Acogida e Integración de Refugiados. Grupo de Trabajo sobre Empleo*”. En el caso del Informe Anual, el análisis se ha centrado en aquellos aspectos más genéricos, que no se han visto distorsionados por la pandemia.

1) Inserción Laboral

Las Administraciones, responsables de garantizar el derecho al empleo, son extremadamente rígidas en sus procedimientos, que deberían colaborar, ayudar y aconsejar a este grupo social, sin embargo, no cuentan con el conocimiento necesario sobre los perfiles y las necesidades de este colectivo en el ámbito laboral, por lo que los solicitantes no cuentan con ayuda real a la hora de ingresar en el mercado laboral²¹. Asimismo, los solicitantes no pueden inscribirse en el INEM/SEPE, hasta pasado los primeros 6 meses, lo que les impide acceder a cursos de formación gratuitos que facilitarían su posterior integración en el mercado laboral.

Pasando al estudio de los datos, según el estudio de CEAR²², que finalizó en diciembre de 2018, relativo al periodo 2017-2018, un 40,4% de las personas solicitantes están empleadas, cifra similar a la de quienes buscan trabajo (41,1%), aunque en este caso un

²¹ Defensor del Pueblo, «Acogida e integración de refugiados. Grupo de trabajo sobre empleo | Defensor del Pueblo».

²² “*Estudio de mercado laboral para personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional y análisis de impacto del programa de asilo fomento de la integración sociolaboral y trabajo en red*”, CEAR, 2019.

89% son trabajos temporales, mientras que la temporalidad en España para el mismo periodo era de 26,7% ²³ (El País, 2018).

Como es normal, atendiendo a las tendencias del mercado laboral español, los perfiles que dedican más tiempo a la búsqueda de empleo son las personas sin estudios o con estudios secundarios básicos. Aunque, las personas con estudios universitarios, también se enfrentan a dificultades para conseguir un trabajo, de las que se hablará más adelante. Además, el 57,6% de los solicitantes, tardan menos de 3 meses en conseguir un trabajo, de los cuales el 31,8% tarda menos de un mes. En la otra cara de la moneda, el 20,7% logra un empleo en un periodo entre 4 meses y un año y, un 20,6% más de un año²⁴. Estos datos medios varían si se analizan conforme la edad del solicitante pues aquellos que se encuentran entre los 18 y los 34 años acceden con mayor facilidad a un empleo.

Por otro lado, sobre sus ocupaciones y condiciones laborales, se debe señalar que el 9,8% de los solicitantes están estudiando, mientras que el 2,9% se dedica a trabajos no remunerados en el hogar. Relativo a sus condiciones laborales, el 18,7% de personas que están trabajando, no están contratados, aunque quien puede demostrar que se encuentra en una situación administrativa regular tiene mayores posibilidades de conseguir un contrato laboral. Pasando al salario medio, CEAR calculó que el 50% de los y las trabajadoras solicitantes cobran 800 euros, aunque en algunos casos es menor. Los solicitantes registran una brecha salarial de género superior a un 25%, siendo que la remuneración media de las mujeres es 205 euros inferior a la de los hombres²⁵.

Es importante destacar que las personas más jóvenes (entre 18 y 34 años), manifiestan baja satisfacción en sus empleos y las personas mayores de 50 años, con especiales dificultades para alcanzar su inserción laboral, cuando entran en el mercado, desempeñan profesiones que implican baja calidad del empleo y remuneración, por lo que necesitan compaginar varios trabajos para sobrevivir.

²³ Departamento de Infografía, «Evolución del mercado laboral en 2017», *El País*, 25 de enero de 2018, sec. Economía, https://elpais.com/elpais/2018/01/25/media/1516901431_133657.html.

²⁴ «Estudio de mercado laboral para personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional y análisis de impacto del programa de asilo fomento de la integración sociolaboral y trabajo en red», CEAR, 2019.

²⁵ «Estudio de mercado laboral para personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional y análisis de impacto del programa de asilo fomento de la integración sociolaboral y trabajo en red», CEAR, 2019.

A su vez, una de las conclusiones que más llama la atención del estudio de CEAR, es que cumplir todas las fases del programa de acogida, explicadas en la introducción, en el 67,4% de los casos, no garantiza una mejora progresiva de la remuneración.

2) Sectores productivos

Una vez analizadas las condiciones del empleo a las que están sometidas los solicitantes, será importante exponer cuáles son las profesiones más frecuentes. Los sectores productivos que más absorben a personas demandantes de asilo son: logística y dentro de este, almacén y transporte; limpieza y el sector sociosanitario. Este último se ha convertido en una gran fuente de puestos de trabajo, ante la demanda cada vez mayor de cuidar a personas en situación de vulnerabilidad, soledad y de riesgo. También suelen conseguir empleo en el sector agrícola. En este ámbito, el Gobierno tomó medidas, con el objetivo de favorecer la contratación temporal de trabajadores lo cual no supuso una verdadera oportunidad para algunas personas solicitantes, por la dificultad de movilidad entre provincias, sin perder las ayudas sociales, condición muy perjudicial y también expuesta por el Defensor del Pueblo²⁶. Por último, la hostelería y el turismo es también una opción de empleo muy común para muchas personas solicitantes, además del sector industrial, aunque normalmente requiere mano de obra cualificada²⁷.

3) Género y mercado laboral

Como ya había surgido anteriormente, la discriminación de género en el mercado laboral también afecta a este colectivo. Los datos indican que los hombres tienen 8,9% más posibilidades de conseguir un empleo que las mujeres. Sin embargo, las dificultades que las mujeres tienen que superar para poder ejercer una profesión, no derivan de un menor nivel educativo. De hecho, el personal técnico de CEAR identificó un mayor nivel académico entre las mujeres que entre los hombres, en el caso de las personas provenientes del Este de Europa, Centro-América y Sur-América. Además, estas muestran una mayor predisposición a trabajar que los hombres, aceptando incluso empleos destinados a ser realizados por personas con menor cualificación²⁸.

²⁶ Defensor del Pueblo, «Acogida e integración de refugiados. Grupo de trabajo sobre empleo | Defensor del Pueblo».

²⁷ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, «Informe 2021: Las personas refugiadas en España y Europa», 2021.

²⁸ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, «Estudio de mercado laboral para personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional y análisis de impacto del programa de asilo fomento de la integración sociolaboral y trabajo en red», 2019.

Los profesionales de CEAR han identificado que, la raíz de la discriminación laboral de las mujeres de este colectivo reside en los estereotipos y en los roles de género. Las mujeres aceptan ofertas de empleo con menores condiciones y menos cualificaciones, comparativamente con su nivel académico, para poder sustentar a su familia, especialmente cuando tienen menores a cargo. Por otro lado, las labores típicas del entorno reproductivo (esencialmente el mantenimiento del hogar y el cuidado), dificultan su formación e inserción en el mercado laboral. Esta situación conlleva a que las mujeres trabajen en sectores productivos de baja cualificación y remuneración y, por ende, se ven abocadas a vivir en situaciones de pluriempleo 5,4 puntos porcentuales por encima que los hombres²⁹.

4) Las barreras idiomáticas

Una de las dificultades transversales para todos los solicitantes de asilo, no hispanohablantes, es el idioma. Un buen nivel de castellano es un requisito esencial para encontrar un trabajo, debe tener un nivel elevado para permitir una inserción sociolaboral plena. Consecuentemente, el continente con mayor éxito en el mercado laboral es el de América del Sur, especialmente Venezuela, porque sus demandantes son hispanohablantes y cuentan con un mayor nivel educativo.

Durante los primeros 6 meses, las personas solicitantes de asilo tienen acceso a clases de español. Se constata que, para lograr el dominio del idioma, esencial para su inserción laboral, este periodo de formación es insuficiente³⁰. A la inmersión lingüística que deben realizar, se añade la necesidad de buscar activamente un trabajo y la urgencia de disponer de ingresos. Concurren así, varias necesidades básicas conjugadas con situaciones apremiantes, que dificultan la sostenibilidad de la vida de este colectivo³¹.

5) Dificultades impuestas por el marco jurídico

La situación administrativa de las personas demandantes de asilo, en referencia al marco legal, es otro factor que influye en los procesos de inserción laboral. Cuando los solicitantes cuentan con una autorización de residencia temporal, tienen una probabilidad

²⁹ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2019.

³⁰ Defensor del Pueblo, «Acogida e integración de refugiados. Grupo de trabajo sobre empleo | Defensor del Pueblo».

³¹ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, «Estudio de mercado laboral para personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional y análisis de impacto del programa de asilo fomento de la integración sociolaboral y trabajo en red».

de 67,6% de encontrar empleo. Los casos más complicados, son de las personas que no poseen ningún tipo de documentación, aspecto que más influye, negativamente, a la hora de conseguir un puesto de trabajo³².

La evolución de la situación legal de los demandantes de asilo, desde su llegada a España, hasta la denegación de la solicitud en vía administrativa o judicial, está estrechamente relacionada con los derechos a los que acceden, y a los que no, los plazos durante los cuales se es beneficiario o no de los mismos, así como el tiempo de duración del programa de acogida.

En ese sentido, la denominada “Tarjeta Roja” (documento acreditativo de la condición de solicitante en tramitación de protección internacional) juega un papel determinante en la forma de acceso al mercado laboral y en el proceso de inserción social de las personas refugiadas o solicitantes de asilo. Una vez transcurrido un primer periodo de 6 meses (fin de la fase de acogida), si no se ha producido una denegación de la solicitud, la tarjeta se renueva en sucesivos periodos iguales con periodo máximo de resolución de 2 años (salvo en casos de vulnerabilidad, que son 30 meses), pasando el solicitante a la fase de integración, que les proporciona acceso a un permiso de trabajo durante otros 6 meses³³ y algunas, escasas, ayudas económicas. Aunque, la situación de colapso administrativo que se vive en la oficina de tramitación de las solicitudes está provocando que en ocasiones estos procesos se alargan hasta 3 años o más, según CEAR³⁴.

Un aspecto muy interesante señalado por CEAR, son las constantes alusiones al rechazo y desconfianza³⁵, de los empresarios, a la imagen de la Tarjeta Roja: un documento de cartón y de color “rojo”. Si se compara el permiso de residencia, que es una tarjeta, con la denominada “Tarjeta Roja”, que es un papel rojo, se puede apreciar la enorme diferencia y apariencia de “normalidad” o “legalidad” entre una y otra. Este hecho es señalado como un primer impedimento y dificultad, que se añade a las reticencias derivadas de los mensajes que vinculan a los solicitantes al terrorismo/yihadismo³⁶.

³² Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2019.

³³ **Disposición adicional vigesimoprimer. Autorización de trabajo de los extranjeros solicitantes de protección internacional. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.**

“Los solicitantes de protección internacional estarán autorizados para trabajar en España una vez transcurridos seis meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resuelta por causa no imputable al interesado. La autorización para trabajar se acreditará mediante la inscripción «autoriza a trabajar» en el documento de solicitante de protección internacional y, si procede, en sus sucesivas renovaciones, y estará condicionada a su validez. En caso de que no proceda esta inscripción porque no se cumplan los citados requisitos, la Oficina de Asilo y Refugio hará constar tal hecho en resolución motivada y se lo notificará al interesado.”

³⁴ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, «Estudio de mercado laboral para personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional y análisis de impacto del programa de asilo fomento de la integración sociolaboral y trabajo en red».

³⁵ Defensor del Pueblo, «Acogida e integración de refugiados. Grupo de trabajo sobre empleo | Defensor del Pueblo».

³⁶ Defensor del Defensor del Pueblo.

Este marco regulatorio, que pauta sucesivas renovaciones, genera incertidumbre, desincentivando las posibilidades de contratación³⁷³⁸. Las empresas se encuentran en una posición muy ingrata; si bien pueden necesitar contratar y estar abiertas a incorporar a un demandante de asilo, deben hacerlo en un marco regulatorio complejo. Además, de soportar los costes del proceso de formación y adaptación al puesto de trabajo, que no consiguen rentabilizar si no se asegura un mínimo de permanencia en el puesto de trabajo³⁹. Asimismo, existen bonificaciones para las contrataciones indefinidas, que posicionan a los/as empresarios/as ante el dilema de renunciar a esa opción o arriesgarse, aunque en caso de denegación, deberían reintegrar las bonificaciones percibidas a la Seguridad Social, creando una gran inseguridad jurídica⁴⁰.

La temporalidad que establece este diseño normativo afecta a la normalización de la vida de los solicitantes de asilo. La inestabilidad, el miedo, la eventualidad, les impide crear vínculos laborales, académicos o incluso alquilar una vivienda, porque no saben por cuánto tiempo la podrán pagar⁴¹.

Otra de las grandes dificultades que los solicitantes enfrentan, que compromete y limita su acceso al mercado laboral, es la imposibilidad de contar con el carné de conducir⁴². Esto compromete o dificulta notablemente acceder a ocupaciones vinculadas al transporte, con una fuerte demanda, así como acceder a trabajos ubicados en polígonos o áreas periurbanas, donde las conexiones en transporte público son deficientes o inexistentes⁴³. Además, de las enormes dificultades que encuentran para poder crear una cuenta bancaria en España para poder recibir la nómina.

Este año, 2021, se han presentado 42.111 solicitudes, de las cuales 37.640 han sido denegadas (un 89%, según los datos del Ministerio del Interior). Como las resoluciones suelen tardar años, se otorga a los solicitantes la posibilidad de regularizar su situación a través de la fórmula de arraigo social o laboral⁴⁴, que es un proceso muy complejo por la necesidad de presentar un contrato laboral. Además, el lapso entre que se deniega la

³⁷ Defensor del Pueblo del Pueblo.

³⁸ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2019.

³⁹ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2019.

⁴⁰ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2019.

⁴¹ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2019.

⁴² Defensor del Pueblo, «Acogida e integración de refugiados. Grupo de trabajo sobre empleo | Defensor del Pueblo».

⁴³ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, «Estudio de mercado laboral para personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional y análisis de impacto del programa de asilo fomento de la integración sociolaboral y trabajo en red».

⁴⁴ Art. 124. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

solicitud y el que pueden solicitar el arraigo, los solicitantes se ven abocados al mercado de trabajo irregular⁴⁵.

En relación con la normativa aplicable respecto al acceso al empleo, se debe señalar que la Tarjeta Roja, se renueva y es vigente, durante el procedimiento administrativo. Si el solicitante decide recurrir en la vía contenciosa su posible denegación, hasta la resolución judicial, que suele tardar más de un año (aunque legalmente debería gestionarse en un mes), este se encuentra en un limbo jurídico, que se abordará en los próximos epígrafes, al ser la fase de mayor vulnerabilidad⁴⁶.

B) Legislación nacional, europea y derechos humanos sobre el derecho al empleo de los solicitantes de asilo.

Una vez descrita la realidad social de las personas solicitantes de asilo, en un proceso que tiene su inicio en la propia solicitud, continua con la denegación de esta, y posteriormente la interposición del recurso contencioso-administrativo que, como se ha visto anteriormente, en la amplia mayoría de los casos se vuelve a denegar. En este apartado se analiza la legislación y posteriormente la jurisprudencia con el objetivo de razonar sobre si hay:

- a) falta de garantías y efectividad de los derechos reconocidos: la legislación reconoce los derechos, pero no se garantiza su aplicación, o
- b) carencias en la legislación, como la inexactitud en la concreción de la extensión de esos derechos o la falta reconocimiento formal de estos derechos fundamentales (v.g. empleo).

Es importante recordar que la legislación sobre el asilo está regulada desde el ámbito internacional, europeo y nacional. En lo que respecta, sobre todo, al ámbito nacional, carece de sistematización lo que dificulta su análisis y, por ende, puede comprometer el acceso a los derechos de forma holística y real.

Concretando en el terreno que incumbe a este capítulo, comenzando por la legislación internacional, el artículo 23 de la Declaración Internacional de los Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene derecho al trabajo, a poder escogerlo libremente, acceder a él en condiciones de igualdad y “*satisfactorias*”, además del derecho a la protección frente al desempleo. El artículo también prohíbe la desigualdad salarial y admite el

⁴⁵ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2019.

⁴⁶ Comisión Española de Ayuda al Refugiado, 2019.

derecho a recibir un salario igual y satisfactorio, que permita al trabajador/a y su familia tener una vida digna, en caso de que la remuneración sea insuficiente, deberá ser compensada a través de los medios de protección social.

Esta legislación internacional, en la que se incluye el derecho al asilo, se desarrollará en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). El artículo 17 dispone lo siguiente: *“1. En cuanto al derecho a empleo remunerado, todo Estado Contratante concederá a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de países extranjeros.”*

Por último, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus artículos 6 y 7, reconoce el derecho al trabajo de todas las personas y atribuye a los Estados la responsabilidad de garantizar este derecho a través de medidas como: orientación y formación profesional y la aprobación de normas y técnicas para conseguir el desarrollo del país que permita la ocupación plena y productiva. Sin olvidar la obligación de las Administraciones de asegurar unas condiciones de trabajo “equitativas y satisfactorias”.

a) Legislación europea sobre el derecho al empleo de los solicitantes

Como se comentó con anterioridad, el acceso al empleo es un derecho que, cuando es garantizado de manera efectiva, favorece la autonomía económica de los solicitantes, así como su integración. En esta línea, la Directiva 2013/33/UE⁴⁷, a través del artículo 15 atribuye la responsabilidad a los Estados de garantizar el acceso efectivo al mercado laboral de los solicitantes, como máximo a los 9 meses de la presentación de la solicitud, siempre y cuando el expediente aún no esté resuelto. Aun así, la Directiva permite que las Administraciones den prioridad a los ciudadanos europeos, nacionales y a los residentes legales provenientes de terceros países frente a los solicitantes de asilo.

b) Legislación nacional sobre el derecho al empleo de los solicitantes

Para entender la complejidad del tema, es preciso concretar la legislación nacional a este respecto. El artículo 18, de la ley de asilo, es el que regula los derechos y obligaciones de los solicitantes, y consecuentemente, los solicitantes deberán tener documentación que les permita acreditar que efectivamente lo son, y será este documento, comúnmente conocido como la “Tarjeta Roja”, la que 6 meses después, les permitirá trabajar. A su vez,

⁴⁷ la Directiva 2013/33/UE, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional

el artículo 32, concede la autorización de trabajo a los solicitantes, en los términos que reglamentariamente se establecen.

A la ley de asilo le acompaña la Ley de extranjería, la cual admite, en el artículo 31, que la Administración puede conceder una autorización de residencia temporal por razones humanitarias, y el artículo 10, sobre el derecho al trabajo y a la seguridad social, reconoce que los extranjeros residentes tienen derecho al empleo remunerado por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, según la normativa aplicable. Además, cuenta con el apoyo de la Orden del, 25 de febrero de 1998, por la que se fijan los requisitos y el procedimiento sobre concesión de autorizaciones para trabajar, aplicación de determinados supuestos de preferencias, modificación de los permisos de trabajo y compatibilidad de permisos de trabajo, el cual regula en el artículo 7 que *“los extranjeros documentados con un permiso de residencia por circunstancias excepcionales”* (tal como está regulado en la disposición adicional primera del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo), podrán tener derecho al empleo remunerado, por cuenta propia o ajena en todo el territorio nacional, cumpliendo con los requisitos de la presente Orden, hasta que el permiso de residencia pierda su validez.

Por último, y siguiendo la normativa europea, el artículo 14, equipara los derechos de los extranjeros residentes al de los españoles, en lo que respecta al trabajo y la Seguridad Social, tanto a las prestaciones sociales generales y básicas como a las específicas. Asimismo, el artículo recoge que independientemente de la situación administrativa, los extranjeros tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. Además, si son extranjeros menores de 18 años o con alguna discapacidad tienen derecho a servicios y tratamientos adecuados para su condición.

c) El empleo después de la denegación administrativa de la solicitud

Respecto del proceso administrativo de análisis de la solicitud de asilo, y hasta la resolución administrativa, la legislación internacional y europea ha conseguido crear una red legislativa que permite el acceso al empleo. El derecho internacional reconoce este derecho respecto al cual la Unión Europea realiza un ejercicio de concreción poniendo plazos y extendiendo dicho derecho. Por un lado, establece la fecha máxima de acceso al empleo, a los 9 meses de la presentación de la solicitud, siendo que en España son 6 meses, responsabilizando a los Estados a garantizar que este derecho sea efectivo y real para cada ser humano solicitante de asilo. El problema surge cuando se intenta articular el artículo 46 de la Directiva 2013/32/UE referida al derecho a permanecer en territorio

durante la tramitación del recurso contencioso, y el artículo 15.4⁴⁸ de la Directiva 2013/33/UE, el cual reconoce, el derecho al acceso al mercado de trabajo, durante la tramitación del recurso, siempre y cuando esa interposición tenga efectos suspensivos respecto de la resolución administrativa denegatoria.

Todo indica que la mayor vulneración del derecho al empleo se encuentra cuando el solicitante recurre la denegación. Esto se produce porque no le permiten trabajar cuando, como suele ocurrir, deniegan las medidas cautelares, instrumento procesal que permite solicitar la suspensión de los efectos de la resolución administrativa de denegación. Reforzando este argumento, el artículo 40, del Reglamento de Aplicación de la Ley de Asilo, apoya la línea legislativa de la Directiva cuando afirma que “*La admisión de una solicitud de reexamen del expediente y la interposición de recurso contencioso-administrativo con suspensión judicial del acto administrativo implicarán la renovación o, en su caso, expedición de la documentación provisional de solicitante de asilo hasta tanto recaiga resolución firme sobre la concesión o denegación del estatuto del refugiado*”. En este sentido, la Declaración de ACNUR, recoge el derecho al recurso efectivo de los solicitantes “*respetando el principio de no devolución, el recurso debe permitir un efecto suspensivo automático excepto para casos muy limitados*”, como son, que el solicitante adopte un comportamiento manifiestamente abusivo o la solicitud sea manifiestamente infundada⁴⁹.

En lo que respecta a la legislación europea sobre asilo y empleo, la Directiva 2013/32/UE, asegura, en su artículo 46, que los Estados miembros accederán a que los solicitantes permanezcan en el territorio de acogida hasta que el plazo para interponer el recurso finalice, y en caso de que se haya interpuesto, hasta la sentencia. Como es conocido, permitir a un solicitante de asilo continuar en territorio, en este caso el español, es esencial para que el recurso pueda ser efectivo y se pueda aplicar. Si es devuelto a su país de origen, y después concedido el derecho al asilo, refugio o protección internacional, de nada serviría haber recurrido. Por ello el derecho a permanecer en el país tiene que estar conectado con otros derechos que garanticen su supervivencia en el país de acogida, como es la residencia y el empleo.

Sin embargo, en relación con el periodo del proceso de recurso supra referido, el artículo 33 de la Ley de asilo, detalla los requisitos sobre los cuales se puede reducir o retirar las

⁴⁸ Artículo 15.4 “*No se privará al solicitante del acceso al mercado de trabajo cuando se interponga un recurso, que tenga efectos suspensivos, contra una decisión negativa tomada en un procedimiento ordinario, hasta la notificación de su desestimación*”

⁴⁹ Calogero Pizzolo, «El derecho a un recurso efectivo para los requerientes de asilo en la Unión Europea», *Revista Integración Regional y Derechos Humanos. Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires*, s. f.

condiciones de acogida, en su punto 1.c) detalla la posibilidad de que el Ministerio competente puede reducir o retirar “*alguno o la totalidad de los servicios de acogida*” una vez la Administración haya notificado la resolución, excepto que se cumplan alguno de los requisitos del apartado tercero del artículo 36 de esta Ley. De este modo, cualquier apoyo desaparece en el momento que reciben la notificación de la resolución administrativa denegatoria, dejando en situación de desamparo a quien decida recurrir. A su vez, esta situación viene a contradecir las directivas de la UE, impidiendo que los derechos en ellas consagrados sean efectivos y garantizados, el artículo 37 de la Ley de asilo, sobre los efectos de las resoluciones denegatorias, reitera que la no admisión a trámite o la denegación de las solicitudes de protección internacional ocasionará, “*el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español*”, excepto que el solicitante cumpla los requisitos para quedarse en territorio o que se le conceda la estancia o residencia por razones humanitarias. Este artículo, tal como está diseñado, excluye la posibilidad de suspensión automática de los efectos de la denegación, caso decida recurrir, exponiendo así sus efectos: “*el retorno, la devolución, la expulsión, la salida obligatoria del territorio español*”.

También, el artículo 12, del Reglamento de Aplicación de la Ley de Asilo, no contempla la posibilidad de recurrir, sino que simplemente autoriza la residencia mientras se analiza y resuelve la petición de asilo, sin mencionar la posibilidad de interponer un recurso. Asimismo, el artículo 31, incluye como efectos de la denegación la orden de salida obligatoria del extranjero en un plazo determinado, a partir del cual no tendrá acceso a las prestaciones contempladas en el art. 15 del Reglamento, y se incoará el expediente de expulsión del territorio nacional, aunque el artículo 39, reconoce expresamente la posibilidad de recurso contencioso-administrativo “*Las resoluciones previstas en el art. 21 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa (...)*”.

En la misma línea, la Orden de 25 de febrero de 1998, por la que se fijan los requisitos y el procedimiento sobre concesión de autorizaciones para trabajar, aplicación de determinados supuestos de preferencias, modificación de los permisos de trabajo y compatibilidad de permisos de trabajo, establece en su artículo 8, que “*el resguardo de renovación de la autorización surtirá los efectos previstos en el artículo 90 del mencionado Reglamento, salvo que se notifique la denegación de la renovación del permiso de residencia por circunstancias excepcionales*”, por lo que los derechos de los

solicitantes empiezan y acaban, con el procedimiento administrativo, sin posibilitar un recurso contencioso, favoreciendo condiciones de sobrevivencia a través del acceso al trabajo.

De esta exposición normativa, se puede inferir que la incertidumbre que sufren los solicitantes en lo referente a la garantía de sus derechos, en especial el derecho al trabajo es fruto del régimen legislativo que crea inestabilidad y dificulta gravemente su supervivencia. Las renovaciones del título de residencia se realizan cada seis meses, según la disposición adicional vigesimoprimera del Reglamento de la Ley de Asilo, sin embargo, no se extiende automáticamente si la persona peticionaria desea recurrir. Según la legislación internacional tienen el derecho a recurrir y a permanecer en el estado de acogida durante el recurso. En ese punto, la legislación nacional contradice la internacional, al establecer que después de la notificación de la resolución, el efecto de esta es la expulsión y salida del territorio.

Se detecta una contradicción entre la normativa nacional y europea, que corresponde analizar desde el punto de vista de la jurisprudencia relativa al derecho a la permanencia en el estado de acogida. De hecho, desde el punto de vista de la normativa internacional, los efectos de la denegación deberían suspenderse hasta la sentencia del procedimiento contencioso, mientras que la legislación nacional no ampara esta posibilidad.

C) Jurisprudencia nacional, europea y derechos humanos sobre el derecho al empleo de los solicitantes de asilo durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo.

En este apartado se analiza la jurisprudencia relativa al periodo entre la notificación de la denegación de la resolución administrativa y la sentencia, después de haberse interpuesto un recurso ante la Audiencia Nacional. Se trata de un periodo crítico para los solicitantes de asilo en materia de su ejercicio del derecho al empleo, que compromete la sostenibilidad económica de sus vidas. Importa asimismo recordar que, a este referido periodo, le han antecedido seis meses de estancia en España, durante los cuales los solicitantes no pueden trabajar. Pese a todo, en esta etapa, cuentan con ayudas y apoyos públicos, a los que se suman, en muchos casos, los pocos ingresos que obtienen en trabajos que realizan en la economía sumergida. Al inicio, cuentan con la seguridad de que no pueden ser expulsados del país, hasta que se produzca, pasados 2 años aproximadamente, la notificación de la resolución administrativa.

Como se explicó en el punto anterior, la denegación conlleva la posibilidad de incoación de un expediente de expulsión y la posterior salida del país. Como contrapunto, el presente análisis se centrará en las solicitudes de medidas cautelares de suspensión de los efectos de la denegación, en una pieza separada al recurso, porque según la legislación, solo podrán acceder al empleo si se suspenden los efectos de la denegación (art. 15.4 de la Directiva 2013/33/UE y art. 40 del Reglamento de aplicación de la ley de asilo). Por ello, la jurisprudencia sobre la suspensión de los efectos de la denegación, a través de la petición de medidas cautelares, permite valorar el derecho al empleo durante el recurso contencioso, pues al suspenderse los efectos, es posible garantizar el derecho al empleo. Teniendo en cuenta que España no solo está vinculada a la legislación europea, como son las directivas antes mencionadas, sino también a la jurisprudencia del TJUE y el TEDH, ambas fuentes del derecho, se incluyen en este análisis. Esta jurisprudencia permitirá averiguar hasta qué punto España cumple con los estándares de protección europeos, durante el recurso contencioso, el cual es un derecho procesal de los solicitantes, pero en aras a ser garantizado, debería igualmente favorecer las condiciones para la sostenibilidad de la vida del solicitante, permitiendo su acceso a un trabajo digno.

En cualquier solicitud de medidas cautelares, los aspectos más importantes son el *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) y *periculum in mora* (consecuencias negativas que puede sufrir el objeto en cuestión con el paso del tiempo, por la demora de la sentencia y, por lo tanto, no pueda hacerse efectiva). En el presente caso, la apariencia de buen derecho se garantizaría con la posibilidad de que finalmente sea concedida la solicitud de asilo o protección internacional, y el *periculum in mora*, es el riesgo a su integridad física o moral, que sufre el solicitante, caso tenga que regresar a su país al desplegarse los efectos de la resolución denegatoria de asilo y protección internacional. Como se puede observar, al final están ambos criterios muy unidos, porque si se puede demostrar que hay riesgo en volver al país de origen, la solicitud de asilo debe ser aceptada. Sin embargo, llegados a este punto, lo más importante es garantizar el acceso efectivo al recurso y si finalmente la persona solicitante es expulsada y posteriormente le conceden el asilo, el trámite del recurso carecería de sentido, siendo de este modo vulnerado su derecho fundamental.

a) Jurisprudencia Nacional

El TS, sec. 6ª, S 15-04-2004, rec. 8684/1998, argumentó que, se debe probar “*la especial situación del país de origen del solicitante de asilo justifique "per se" tal acuerdo por*

*existir un riesgo evidente y grave para la persona del recurrente*⁵⁰, para conceder la suspensión de los efectos de la denegación. En sentencias anteriores⁵¹, el mismo tribunal, atenuó la carga de la prueba, al admitir que no es necesaria una prueba plena, para la concesión de la medida cautelar de suspensión, sin embargo, sí es necesario probar indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos establecidos en los números 1 a 3 del artículo 3 de la citada Ley de asilo. El TS sec. 6ª, S 16-07-2002, rec. 8735/1999, incluye en su argumentación autos y sentencias anteriores⁵² al afirmar que los daños y perjuicios de imposible, o difícil reparación (*periculum in mora*), a los que se refiere el art. 130 de la LJCA, para una persona susceptible de tener derecho al asilo y refugio, “*resultarían connaturales al producirse automáticamente con la obligada salida del territorio nacional y no se verían negativamente afectados los intereses públicos por el hecho de que suspendamos los efectos propios de aquella salida, mientras se sustancia el recurso contencioso administrativo (...)*”⁵³. Este criterio se ratifica en la posterior Sentencia de 30 de septiembre de dicho año, en el que también se consideran connaturales los daños y perjuicios de carácter irreparable, o de difícil reparación, en un peticionario de asilo y refugio con la obligada salida del territorio nacional.

Esta sentencia facilita la concesión de las medidas cautelares admitiendo que incluso cuando el solicitante de la medida cautelar no aporte suficiente justificación del riesgo padecido si tuviera que regresar a su país, el TS admite que, “*cuando es notorio que en el mismo existe una seria conmoción social por graves conflictos o disturbios de carácter político, étnico o religioso, debe presumirse que su seguridad e integridad personales pueden verse en grave riesgo en caso de tener que regresar inmediatamente a dicho país*”. Por razones humanitarias y conforme a una recta interpretación del art. 130 de la LJCA y a la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta⁵⁴, se deberá acceder a la pretensión de suspensión de la obligación de salir del territorio español mientras se sustancia el proceso de impugnación del acuerdo sobre inadmisión o denegación de la solicitud de asilo.

⁵⁰ TS sec. 6ª, S 16-07-2002, rec. 8735/1999

⁵¹ Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 6ª, S 27-03-2001, rec. 3576/1998

⁵² el Auto de esta Sala y Sección de 9 de mayo de 2000, 12 de julio de 1996 y Sentencia de 30 de septiembre de 1996

⁵³ Auto de 12 de julio de 1996

⁵⁴ Autos de 29 de abril de 1995, 9 de mayo de 1995, 16 de mayo de 1995, 22 de mayo de 1995 y 20 de julio de 1996 y sentencia de 21 de octubre de 1999, recurso de casación núm. 2496/1996

Son varias⁵⁵ sentencias las que admiten que el riesgo para la integridad física de los solicitantes, si regresan a sus países de origen, los cuales viven un contexto social, político y de seguridad, comprometido, es muy superior al peligro aparente para los intereses públicos o generales. El supuesto peligro a los intereses públicos o generales es utilizado por algunas sentencias de la Audiencia Nacional, las cuales argumentan la denegación de la suspensión de los efectos de la resolución, porque consideran que caso contrario la institución del asilo se puede desnaturalizar y transformar en un mecanismo de emigración fraudulenta, utilizando para ello el arraigo social o laboral. En este caso, cabe realizar dos apuntes: (1) el arraigo social que hace referencia a la permanencia en territorio durante tres años, con un contrato de trabajo y vínculos familiares o (2) arraigo laboral, que exige la permanencia durante 2 años en territorio y una relación laboral de 6 meses, ambos instrumentos, implican una larga estancia en territorio y contratos de trabajo, que la mayoría de los solicitantes que ven frustrados sus recursos, intentan legalizar su situación por una de estas vías. No obstante, la permanencia de los solicitantes en territorio se debe sobre todo a la demora de la Administración y de la justicia en resolver su petición, por lo que no parece ajustado utilizar las deficiencias de funcionamiento del sistema como argumento para sostener una u otra posición, en detrimento de los derechos fundamentales de los solicitantes.

Por ello, no se debería mezclar los intereses políticos de la Administración, con los derechos de los solicitantes a poder acceder a un recurso efectivo y con todas las garantías. En este sentido, el TS⁵⁶ ya ha llamado la atención, a tribunales inferiores, sobre la escasez de motivación y la falta de rigor en sus sentencias, por limitarse a defender la prioridad de los intereses públicos sobre los particulares y el principio general de ejecutividad de los actos administrativos. El TS requiere que se efectúe, en cada caso concreto, un juicio de ponderación entre los intereses contrapuestos (público y privado) para decantarse por aquel que resulte más digno de protección. Las mismas sentencias explican los requisitos fundamentales que deben constar en la denegación, afirmando que *“las resoluciones por las que se adoptan o deniegan medidas cautelares deben contener un relato de los hechos*

⁵⁵ Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 6ª, S 17-04-2001, rec. 8183/1998 Sentencias de 30 de septiembre de 1996 EDJ 1996/7328, 2 de marzo EDJ 2000/5382, 11 EDJ 2000/12281 y 22 de mayo EDJ 2000/19638 y 12 de diciembre de 2000 EDJ 2000/56261, y con los Autos de 12 de julio de 1996, 16 y 18 de abril y 21 de octubre de 1997, Tribunal Supremo (Contencioso), sec. 6ª, S 19-11-2002, rec. 7216/1999.

⁵⁶ Sentencias de 22 de noviembre de 1993, 23 de septiembre EDJ 1995/6227, 23 de octubre EDJ 1995/6807 y 25 de noviembre de 1995 EDJ 1995/7944, 17 de febrero EDJ 1996/2095, 27 de julio EDJ 1996/6323, 28 de septiembre EDJ 1996/7524 y 30 de diciembre de 1996 EDJ 1996/10087, 20 de enero de 1997 EDJ 1997/693, 28 de febrero EDJ 1998/2561 y 4 de abril de 1998 EDJ 1998/2830, 8 de noviembre EDJ 1999/45147 y 27 de diciembre de 1999 EDJ 1999/49578, 17 de marzo EDJ 2001/12113, 11 de diciembre de 2001 EDJ 2001/64947, 15 de junio y 13 de julio de 2002 EDJ 2002/28623, sec. 6ª, S 20-07-2002, rec. 4808/1999.

*y circunstancias concurrentes, de los que pueda inferirse la imprescindible ponderación de los intereses contrapuestos, la irreparabilidad o no del perjuicio que se causaría con la ejecución del acto o disposición administrativos y también la apariencia de buen derecho*⁵⁷. Aunque la STS de 5 de junio de 2003, RC 7617/2000, es muy explícita cuando afirma que se debe *“dar prevalencia al interés particular de permanecer en España, hasta tanto se resuelva el pleito principal, frente al interés público o general de que abandone nuestro territorio”*, por razones humanitarias y conforme a una recta interpretación de la ley y la jurisprudencia⁵⁸.

El mismo tribunal, específicamente en la sec. 6ª, S 16-07-2002, rec. 8735/1999, insiste en la importancia de que las argumentaciones utilizadas por parte de la Administración y de la Audiencia Nacional, no sean *“genéricas aisladas de las específicas circunstancias del caso, de modo que la resolución dictada podría ser aplicada a cualquier otro supuesto de inadmisión a trámite de la petición de asilo”*. Esta llamada de atención es transversal a todo el proceso, no solo a la denegación de las medidas cautelares, pues en múltiples ocasiones, las resoluciones de solicitantes de los mismos países son exactamente iguales, sin hacer ninguna precisión a situación específica y personal que deben analizar, vulnerando su derecho a un proceso justo y con garantías. Además, el TS admite que *“la falta de concreción impide, realizar el imprescindible juicio de relevancia sobre la situación personal del recurrente, considerar que su interés en permanecer en territorio español, hasta tanto se resuelva el pleito, es prevalente frente al interés general en el cumplimiento del deber, legalmente impuesto, de abandonarlo, ya que, en contra de lo expresado (...), la suspensión cautelar de ese deber en las inadmisiones a trámite o denegaciones de asilo no es automática, sino que, como cualquier otra medida de la misma naturaleza, requiere justificar, al menos indiciariamente, que los perjuicios que se derivarían para el interesado son irreparables o de difícil reparación”*.

La sec. 6ª, S 17-04-2001, rec. 8183/1998, y la sec. 6ª, S 19-11-2002, rec. 7216/1999, entre otras⁵⁹, recuerda que la antigua y tradicional doctrina jurisprudencial acerca de la no suspensión de los actos negativos ha sido superada, estando permitida la adopción de medidas cautelares positivas, con arreglo a lo dispuesto por los artículos 24.1 de la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento civil, supletoria de la LJCA, tendentes a

⁵⁷ Sentencias de esta Sala de 16 de diciembre de 1996 EDJ 1996/10084, 30 de diciembre de 1996 EDJ 1996/10087, 27 de febrero de 1999 EDJ 1999/49578, 11 de diciembre de 2001 EDJ 2001/64947, 15 de junio y 13 de julio de 2002 EDJ 2002/28623

⁵⁸ Autos del TS de 29 de abril de 1995, 9 de mayo de 1995, 16 de mayo de 1995, 22 de mayo de 1995 y 20 de julio de 1996 y sentencia de 21 de octubre de 1999, recurso de casación número 2496/1996 EDJ 1999/37200.

⁵⁹ TS 6 de febrero de 1988 EDJ 1988/946, 17 de septiembre de 1992 EDJ 1992/8857, 28 de septiembre de 1993 EDJ 1993/8412, 11 de julio de 1995, y sentencias de 15 de julio de 1997 EDJ 1997/6382 y 26 de septiembre de 2000 EDJ 2000/30058

preservar la ejecución de lo resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito, y ahora expresamente sancionadas tales medidas en el artículo 129.1 de la LJCA. Se abre así el abanico de posibilidades, permitiendo adoptar cualquier otra medida cautelar durante la sustanciación del proceso⁶⁰. Consecuentemente⁶¹, otras sentencias también han seguido ese criterio afirmando que es posible y se debe, si procede, suspender las consecuencias de un acto negativo, entre otras la obligada salida del territorio. Además, reconocen la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas, doctrina que suele ser ignorada por la Audiencia Nacional, al basar su decisión denegatoria de la suspensión, entre otras razones de carácter general, como es que el acto de inadmitir a trámite el derecho de asilo es negativo y que la advertencia, hecha al recurrente, acerca del deber de abandonar el territorio español no es "*per se*" una orden de expulsión.

Además, el Tribunal Supremo, sec. 5ª, S 23-11-2007, rec. 7106/2003, es claro, cuando reconoce que la resolución que deniega el asilo solicitado, desencadena automáticamente -art. 37 de la Ley de Asilo- necesaria e ineludiblemente la salida obligatoria del interesado del territorio nacional. Aplicando la doctrina jurisprudencial, esta dictamina que debe reconocerse la suspensión cautelar del deber de abandonar el territorio español como consecuencia de la denegación del derecho de asilo⁶². Además, afirma, una vez más que, no cabe sustentar la denegación de la medida cautelar, en el contenido negativo del acto administrativo cuya suspensión se solicita.

Por último, es interesante mencionar la sentencia de la Audiencia Nacional, sec. 4ª, A 30-07-2021, n.º 809/2021, rec. 1645/2020, la cual es muy significativa y contraria a las decisiones protectoras adoptadas por el TS. Por un lado, el solicitante, en el presente recurso, define la finalidad de la medida cautelar, como la forma de evitar una situación de precariedad o incluso de indigencia. Alega el recurrente que "*debería entenderse que en estos casos el recurso de apelación tenga un efecto suspensivo automático pues de otra forma, al no permitir el acceso al trabajo en España durante la tramitación del recurso, se estaría vaciando de contenido el derecho a la permanencia en España, dado que se estaría abocando al recurrente a la indigencia, al hacerle imposible tanto el acceso al trabajo como a las ayudas sociales a que pudiera tener derecho*". La Audiencia

⁶⁰ Tribunal Supremo en sus Sentencias de 13 de marzo EDJ 1999/9830, 28 de abril EDJ 1999/17330 y 4 de diciembre de 1999 EDJ 1999/49357, 13 de noviembre de 2000 EDJ 2000/47628 y 20 de enero de 2001

⁶¹ Sentencias de 25 de noviembre de 1995 EDJ 1995/7944, 13 de marzo EDJ 1999/9830, 28 de abril EDJ 1999/17330, 28 de septiembre EDJ 1999/31558 y 4 de diciembre de 1999 EDJ 1999/49357, 16 de mayo EDJ 2000/19524 y 13 de noviembre de 2000 EDJ 1999/49578 y 20 de enero, 17 de abril EDJ 2001/33656, 11 de diciembre de 2001 EDJ 2001/64947, 15 de junio y 13 de julio de 2002 EDJ 2002/28623

⁶² SSTS de 17 de abril de 2001, RC 8183/1998, y 15 de junio de 2002, RC 5936/1999 EDJ 2002/34306

Nacional resuelve afirmando que podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Por el contrario, la medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. La misma sentencia menciona la STS de 10 de febrero de 2012 (rec. 2415/2011), la cual afirma, que las medidas cautelares, están concebidas para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando que el transcurso del tiempo ponga en peligro el cumplimiento de la resolución de terminación de este. Dicho en términos legales, estas medidas pretenden "asegurar la efectividad de la sentencia" (artículo 129 de la LJCA).

Siguiendo la argumentación de la misma sentencia, la medida cautelar que se solicita no guarda relación con la resolución recurrida y en nada afecta a la pérdida de finalidad del recurso, pues lo que en él se debate es si los recurrentes tienen derecho o no a la protección internacional solicitada por encontrarse en alguna de las circunstancias contempladas en el artículo 3 de la Ley 12/2009, y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y su Protocolo. Por ello, en materia de asilo, se ha venido considerando que, para que proceda la adopción de una medida cautelar, es preciso que existan circunstancias de las que se infiera la existencia de un grave riesgo para la vida o integridad física del extranjero, por alguna de las razones que justifican la concesión de asilo.

La Audiencia Nacional invoca el artículo 15 de la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Directiva que trae a colación, el solicitante como argumento para demandar el acceso al mercado laboral español, a fin de evitar una situación de precariedad mientras se resolvía el recurso. Sobre esta cuestión, la Audiencia Nacional⁶³ ha hecho constar, que el artículo 15 (Empleo) de la Directiva 2013/33/UE no permite reclamar una autorización de trabajo prorrogada⁶⁴. Según la interpretación realizada en la sentencia, la dicción del precepto no impone como consecuencia la extensión de la autorización más allá de la finalización del procedimiento administrativo, toda vez que esa autorización de trabajo tiene una vigencia limitada en el tiempo (artículo 32 y 37 Ley 12/2009). En efecto, una vez que se resuelve la petición de

⁶³entre otros, AAN 3ª de 2 de junio de 2021 -rec. 1905/2020- y 8 de junio de 2021 -rec. 1505/2020

⁶⁴ Este artículo dispone que: " 1. Los Estados miembros velarán por que los solicitantes tengan acceso al mercado laboral a más tardar a los nueve meses desde la fecha de presentación de la solicitud de protección internacional, cuando las autoridades competentes no hayan adoptado una resolución en primera instancia y la demora no pueda atribuirse al solicitante. (...) 3. No se privará al solicitante del acceso al mercado de trabajo cuando se interponga un recurso, que tenga efectos suspensivos, contra una decisión negativa tomada en un procedimiento ordinario, hasta la notificación de su desestimación.

asilo, el demandante queda sujeto al régimen ordinario de extranjería, sin efectos suspensivos, salvo que se acuerde mediante una decisión específica otra cosa (artículo 29 Ley 12/2009). Por lo tanto, según la AN, la Directiva no ampara la pretensión.

La sentencia arguye que la condición del recurrente ha superado la situación de mero solicitante de asilo, a partir del momento que le ha sido denegada la protección internacional por resolución firme en vía administrativa, consiguientemente su situación queda fuera del marco que al efecto se fija por el art. 2, letra b), de la Directiva 2013/33 al establecer que el recurso contencioso- administrativo no tiene un efecto suspensivo directo, habiéndose de estar al efecto al resultado de la presente pieza de medidas cautelares jurisdiccionales, que es precisamente lo que recoge el Auto del TJUE de 5 de julio de 2018 asunto C269/18.

b) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Subiendo un escalón en la pirámide de Kelsen, se comentará a continuación la jurisprudencia europea sobre el mismo tema, que de resolverse permitiría a los solicitantes poder acceder a un empleo legal mientras se resuelve el recurso, dejando atrás las condiciones sociales, laborales y de vida que marca la forma de trabajar en la economía sumergida. El asunto C-36/20 de 25 de junio de 2020⁶⁵, C-175/17 de 26 de septiembre de 2018 y C-808/18⁶⁶ afirmaron que *“la protección inherente al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de no devolución debe garantizarse reconociendo al solicitante de protección internacional el derecho a un recurso efectivo suspensivo de pleno Derecho ante, al menos, una instancia judicial contra una decisión de retorno y una eventual decisión de expulsión, en el sentido de la Directiva 2008/115. Incumbe a los Estados miembros garantizar la plena eficacia del recurso contra la decisión denegatoria de la solicitud de protección internacional suspendiendo todos los efectos de la decisión de retorno durante el plazo previsto para la interposición de dicho recurso y, en caso de que este se interponga, hasta su resolución⁶⁷”*. Incluso, en el asunto C-643/15⁶⁸ condenó a Hungría por no establecer normas efectivas que garanticen a los solicitantes de asilo y/o de protección internacional su permanencia en el Estado miembro de reubicación el

⁶⁵ ECLI:EU:C:2020:495

⁶⁶ ECLI:EU:C:2020:1029

⁶⁷ Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Belastingdienst/Toeslagen (Efecto suspensivo del recurso de apelación), C175/17, EU:C:2018:776, apartado 33 y jurisprudencia citada.

⁶⁸ ECLI:EU:C:2017:631

tiempo que tarde en resolverse su solicitud o, dicho de otra forma, que garanticen que se eviten los movimientos secundarios.

Una vez más, insiste el TJUE, asunto C-175/17, de 26 de septiembre de 2018, que incumbe a los Estados miembros garantizar la plena eficacia del recurso contra la decisión denegatoria de la solicitud de protección internacional, suspendiendo todos los efectos de la decisión de retorno durante el plazo previsto para la interposición de dicho recurso y, en caso de que este se interponga, hasta su resolución⁶⁹. A este respecto, la sentencia recuerda que la Carta Europea de Derechos Humanos, contiene derechos que corresponden a derechos garantizados por el CEDH, el artículo 52, apartado 3, de la Carta pretende garantizar la coherencia necesaria entre los derechos que contiene esta y los derechos correspondientes garantizados por el CEDH, sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁷⁰. Según las explicaciones del artículo 47 de la Carta, el párrafo primero de ese artículo se basa en el artículo 13 del CEDH. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia debe vigilar que su interpretación del artículo 47, párrafo primero de la Carta, garantice un nivel de protección que respete el nivel de protección garantizado por el artículo 13 del CEDH, según lo interpreta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷¹. De ello se deriva que la protección que el artículo 39 de la Directiva 2005/85 y el artículo 13 de la Directiva 2008/115, a la luz de los artículos 18, 19, apartado 2, y 47 de la Carta, confieren a un solicitante de protección internacional, contra una decisión por la que se deniega su solicitud y se le impone una obligación de retorno, se limita a la existencia de un recurso judicial.

Incluso en el asunto C-808/18⁷², la Comisión reprocha, en esencia, a Hungría haber vulnerado las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 46, apartados 5 y 6, de la Directiva 2013/32, por no garantizar, en las condiciones establecidas en estas disposiciones, el derecho de los solicitantes de protección internacional a permanecer en su territorio durante el procedimiento de examen del recurso interpuesto contra la decisión por la que se haya denegado en primer grado su solicitud. El Tribunal añade que el nacional de un tercer país o el apátrida cuya solicitud de protección internacional haya

⁶⁹ véanse, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2018, Ghandi, C-181/16, EU:C:2018:465, apartados 56, 58 y 61 y jurisprudencia citada, y el auto de 5 de julio de 2018, C y otros, C-269/18 PPU, EU:C:2018:544, apartado 50

⁷⁰ véanse, en ese sentido, las sentencias de 15 de febrero de 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, apartado 47, y de 14 de septiembre de 2017, K., C-18/16, EU:C:2017:680, apartado 50 y jurisprudencia citada

⁷¹ véanse, por analogía, las sentencias de 15 de febrero de 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, apartado 77, y de 20 de marzo de 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, apartado 62

⁷² ECLI:EU:C:2020:1029

sido denegada en primer grado por la autoridad decisoria sigue disfrutando, en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2013/33⁷³, en relación con el artículo 2, letra b), de esta, de las condiciones de acogida contempladas en dicha Directiva mientras esté autorizado a estar en el territorio, en virtud del artículo 46 de la Directiva 2013/32, a los efectos de impugnar tal decisión denegatoria.

De ello se deduce, por una parte, que si bien el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32 se limita a conferir al solicitante de protección internacional un derecho a permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate, la existencia de este derecho se consagra, no obstante, de manera incondicional, sin perjuicio de las excepciones previstas en los artículos 41, apartado 1, y 46, apartado 6, de dicha Directiva. Por otra parte, también afirma el TJUE, que un Estado miembro solamente puede fijar condiciones de ejercicio de este derecho en la medida en que sean conformes, en particular, con las Directivas 2013/32 y 2013/33.

El TJUE firmemente recordó a Hungría que las disposiciones de una directiva deben ser ejecutadas con indiscutible fuerza imperativa y con la especificidad, precisión y claridad requeridas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica, la cual requiere que, cuando la directiva tenga como fin crear derechos a favor de los particulares, los beneficiarios puedan conocer plenamente sus derechos⁷⁴. Siguiendo entonces las directivas, un Estado miembro no puede imponer condiciones de ejercicio al derecho a permanecer en su territorio, consagrado en el artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32, que vulneren los derechos garantizados a los solicitantes de protección internacional por las Directivas 2013/32 y 2013/33. Por lo que al supeditar a requisitos contrarios al Derecho de la Unión el ejercicio del derecho a permanecer en su territorio por los solicitantes de protección internacional comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 46, apartado 5, de la Directiva 2013/32, se está vulnerando la legislación.

c) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

⁷³ el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2013/33 establece que el solicitante de protección internacional ha de disfrutar de las condiciones de acogida contempladas en esta Directiva mientras esté autorizado a permanecer en el territorio del Estado miembro de que se trate en su condición de solicitante, y, según el artículo 2, letra b), de dicha Directiva, el nacional de un tercer país o apátrida debe tener la consideración de solicitante de protección internacional, a los efectos de esta Directiva, hasta que se resuelva definitivamente sobre su solicitud.

⁷⁴ sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Francia, C354/98, EU:C:1999:386, apartado 11; de 14 de marzo de 2006, Comisión/Francia, C177/04, EU:C:2006:173, apartado 48, y de 4 de octubre de 2018, Comisión/España, C599/17, no publicada, EU:C:2018:813, apartado 19 y jurisprudencia citada

Es importante recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es competente para examinar la aplicabilidad de la Convención de Ginebra, porque el Convenio Europeo de Derechos Humanos no prevé el derecho al asilo. En principio, el derecho a controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros corresponde a los Estados. Sin embargo, los Estados miembros del Consejo de Europa tienen la obligación de garantizar a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, incluidos los migrantes, el respeto de los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con este fin, la jurisprudencia del Tribunal impone ciertas limitaciones al derecho de los Estados a denegar el acceso a sus fronteras.

En lo que respecta al derecho a la suspensión de los efectos de la denegación del derecho al asilo, el TEDH vincula el art. 13 al art. 3 del CEDH. Para este tribunal, la protección contra la tortura, penas o tratos inhumanos (art. 3 CEDH) es la pieza fundamental que le lleva a abrir el sistema europeo al reconocimiento de una tutela judicial efectiva a los solicitantes de protección internacional (art. 13 CEDH). Consecuentemente, un resultado negativo en el procedimiento de concesión del estatuto de asilo puede dar lugar al regreso del demandante a un lugar donde podría sufrir un tratamiento vedado por el art. 3. De esta forma, el artículo 13 es la garantía de eficacia del principio de no devolución. Por ello, los procedimientos de asilo nacionales pueden ser vigilados, bajo el art. 13, para comprobar si se cumple con el efecto automático suspensivo, que requiere el recurso para ser efectivo⁷⁵⁷⁶⁷⁷. Los jueces de Estrasburgo consideran que la efectividad del recurso se mide por su idoneidad, para evitar el peligro que arguyen los solicitantes, y se materializa en la aplicación automática del efecto suspensivo de la denegación de la demanda de asilo. En este sentido, el asunto A.C. y otros c. España, el TEDH reitera: *“la efectividad implica unas exigencias en términos de calidad, de rapidez y de efecto suspensivo, habida cuenta, especialmente, de la importancia que el TEDH concede al artículo 3 y de la naturaleza irreversible del daño susceptible de ser causado en caso de consumación del riesgo de tortura o de malos tratos”*. Para esta instancia judicial, si el derecho al recurso

⁷⁵ Calogero Pizzolo, «El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea».

⁷⁶ El TEDH en la sentencia Jbari c. Turquía la recurrente invocó el art. 13 alegando que había sido vulnerado su derecho a un recurso efectivo, porque los recursos de revisión no tuvieron efectos suspensivos. El TEDH resolvió afirmando que para cumplir con el derecho a un recurso efectivo (art. 13) se debe realizar un examen independiente y riguroso de la petición, para poder evaluar si existen razones sustanciales para temer un riesgo real de sufrir tortura, penas o tratamientos inhumanos y así suspender la denegación de la solicitud de asilo. El margen de apreciación se reduce al mero riesgo de que sea infringido el art. 3 en el país de destino.

⁷⁷ TEDH asunto G.B y otros c. Turquía.

no está acompañado por la suspensión de los efectos de la denegación hasta la sentencia, la efectividad de este derecho se ve perjudicada⁷⁸.

La sentencia *Gebremedhin v. France* - 25389/05 y el asunto *m.s.s. c. Bélgica y Grecia* (Demanda no. 30696/09) de 21 enero 2011, resalta el mismo criterio antes explicado del TS, sobre la naturaleza irreversible del daño si el solicitante tuviera que volver a su país de origen. El solicitante está expuesto a un riesgo de tortura o malos tratos, requisito del artículo 13 que, cuando un Estado Parte decidiera trasladar a un ciudadano extranjero a un país donde existía una razón real para creer que corría un riesgo de esta naturaleza, el interesado debe tener acceso a un recurso con efecto suspensivo automático (un recurso con tal efecto “en la práctica” no era suficiente). Así el TEDH condena a Francia, porque el solicitante no había tenido acceso a dicho recurso. La última sentencia mencionada hace referencia a varios informes, que resaltan el grave riesgo de devolución desde el momento de la denegación de la solicitud, cuando el recurso contencioso no es suspensivo de pleno derecho.

En los informes consultados por la sentencia *Bélgica y Grecia*, el acceso al mercado laboral conlleva tantos obstáculos administrativos que no puede considerarse una alternativa realista. A esto se añaden las dificultades personales debidas al desconocimiento del idioma por parte del demandante y la ausencia de cualquier red de apoyo, así como el contexto general de crisis económica.

Esta misma resolución afirma que la efectividad de un recurso en el sentido del artículo 13 no depende de la certeza de un resultado a favor del solicitante. Asimismo, la "agencia" a que se refiere este reglamento no tiene por qué ser una institución judicial, basta con tener las facultades y garantías para evaluar la efectividad de un recurso. Para ser efectivo, el recurso requerido por el artículo 13 debe serlo en la práctica y también desde el punto de vista legal, especialmente en el sentido de que su implementación no se vea obstaculizada injustificadamente por actos u omisiones de los organismos estatales pertinentes.

El artículo 13 requiere la emisión de un recurso efectivo que permita a la autoridad nacional competente determinar los méritos del reclamo de la Convención y proporcionar un recurso adecuado, aunque los Estados Miembro pueden tener derechos sobre cómo cumplir con sus obligaciones. Se debe prestar especial atención a la rapidez de la apelación en sí, ya que no se puede descartar que la duración de la apelación sea

⁷⁸ Calogero Pizzolo, «El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea».

demasiado larga para que sea inapropiada. Finalmente, teniendo en cuenta la importancia que la Corte otorga al artículo 3 y el carácter irreversible del daño que puede ocasionar, en el caso de un riesgo confirmado de tortura o malos tratos, el efecto del recurso en el sentido de este artículo requiere un control integral por parte de una autoridad nacional, un examen independiente y riguroso de cualquier indicio en el que existan motivos para creer que existe un riesgo de vulneración de la legislación. La sentencia añade que también es importante que las partes interesadas tengan derecho a suspender los efectos de las resoluciones, de acuerdo con las regulaciones.

Reconociendo que se trata de un hecho coherente con la sentencia Čonka, el Tribunal reiteró que también sigue el precedente de que el traslado a un tercer país, de un solicitante, le sometería a acciones incompatibles con el artículo 3 del Convenio. El control y cumplimiento de este artículo requiere que, con la debida consideración por parte de los Estados, la autoridad competente pueda revisar el fondo del asunto, las quejas, y tomar las medidas correctivas apropiadas. Según el TEDH, la solicitud del artículo 13 de suspender la ejecución del acto controvertido no puede ser considerada accesorio, es decir, no se deberá ignorar tales solicitudes en términos del alcance de la revisión. Las exigencias del artículo 13, así como los demás derechos recogidos en el Convenio, son una garantía jurídica, por lo que no puede depender de *“la buena voluntad o la práctica habitual”*. Si así fuera, efectivamente, conferiría a los Estados el derecho de expulsar a la parte, sin examinar con el mayor rigor posible las reclamaciones del artículo 3. Por último, el Tribunal recuerda que, si la efectividad de un recurso no depende de la certeza de un resultado favorable, la ausencia de cualquier perspectiva de obtener una reparación adecuada plantea un problema en virtud del artículo 13.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, se puede inferir de este análisis que la AN no está cumpliendo con los estándares de protección que exige tanto el TS como la jurisprudencia europea. Reclamando los intereses públicos y generales sin velar de manera adecuada por los derechos de los solicitantes, como refiere el TEDH. El TS ha abierto el abanico de posibilidades y flexibilizado el acceso a la suspensión de los efectos. A su vez, la jurisprudencia europea ha admitido que los solicitantes mantengan sus derechos y ayudas durante el período del recurso contencioso, lo que incluye el acceso al empleo. Asimismo, ha señalado a los Estados como responsables de garantizar la plena eficacia del recurso contra la decisión denegatoria, suspendiendo todos los efectos de la

denegación hasta la resolución⁷⁹⁸⁰. Sin embargo, se verifica que la AN sigue vulnerando los derechos humanos al no ajustarse a la legislación y jurisprudencia internacional vigente. Insiste en denegar las medidas cautelares, mientras es sabido que la mayoría de los solicitantes no tienen capacidad para recurrir ante instancias superiores, y si logran hacerlo, las posibilidades de que el recurso por la desestimación de la petición de suspensión sea admitido antes de la sentencia, son muy reducidas.

2. Prohibición en la contratación de personas en situación administrativa irregular

A) Contratación de personas solicitantes en situación irregular y sus consecuencias.

Las políticas de empleo dirigidas tanto a las personas en situación irregular para trabajar, como pueden ser los solicitantes de asilo en sus 6 primeros meses o después de la denegación administrativa, tiene dos ámbitos de análisis. Por un lado, el acceso a una situación administrativa regular basada en el empleo, determina la inserción social y laboral de toda persona, allana el camino hacia la integración, permite el acceso a las ayudas económicas y sociales y, en principio, previene situaciones de explotación. Al no poder contar con una situación administrativa regular, las personas solicitantes de asilo son especialmente vulnerables a sufrir explotación o incluso trata. En esta línea, la UE, establece como prioridad la lucha contra la trata y explotación de seres humanos. Tal como denunció CEAR en su Memoria de 2004⁸¹, existe una gran dificultad en la inserción laboral y cuando esta se produce, suele ser precaria, lo que explica que los nichos laborales ocupados por los trabajadores inmigrantes correspondan a los de menor nivel de estatus profesional y, por tanto, salarial⁸².

La legislación, no solo castiga la explotación laboral o la trata, sino también a empleadores y empresas que contratan personas sin permiso para trabajar. Las deficiencias de la Administración aparentemente conllevan a situaciones de explotación.

⁷⁹ STJ de 19 de junio de 2018, Gnandi, asunto C-181/16 [EU:C:2018:465], y STJ de 26 de septiembre de 2018, X e Y, C180/17 [ECLI:EU:C:2018:775].

⁸⁰ Calogero Pizzolo, «El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea».

⁸¹ Comisión Española De Ayuda Al Refugiado (CEAR), Memoria 2004. Disponible en Internet: <http://www.cear.es>.

⁸² Junco y Gómez-Urrutia, «Un proyecto para encauzar la acción legislativa en la “agenda para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea”».

Son bastante significativos los datos, de UGT Aragón⁸³, según los cuales las personas extranjeras en Aragón son las principales víctimas del trabajo forzado y dentro de este grupo, destacan las que son solicitantes de asilo y las que se encuentran en situación irregular. La desigualdad y discriminación, unida a la situación administrativa irregular de muchas personas son, según UGT, las principales causas del trabajo forzoso.

A la amenaza de explotación laboral se unen los obstáculos a los que se enfrentan, como la falta de conocimiento sobre los instrumentos de búsqueda de empleo y de los procesos de selección, así como de la legislación laboral y del mercado laboral español. La ausencia de formación también es un problema junto con el dominio del idioma y las dificultades para atender a cursos por cargas familiares, entre otros, señaladas por Ana Paloma Abarca Junco y Marina Vargas Gómez-Urrutia⁸⁴.

Según las directrices que sigue la UE, prevenir y reducir la inmigración ilegal implica poner en marcha políticas de repatriación y combatir la explotación de los trabajadores migrantes. En este sentido, se han promulgado regulaciones europeas uniformes para imponer duras sanciones a los empleadores que incumplan la prohibición de emplear nacionales de terceros países en una situación administrativa irregular⁸⁵.

También en la política contra la inmigración ilegal y la explotación laboral de los migrantes ilegales, existen acuerdos de cooperación con terceros países del sur del Mediterráneo y con la Asociación Oriental. El fin es abordar conjuntamente las causas de la migración irregular y forzada. Para ello, la estrategia implica: más información sobre las normas y procedimientos de inmigración laboral; coordinar la lucha contra la inmigración ilegal y la trata y el contrabando de personas; enfoques mejorados de la migración y el desarrollo (tanto en las regiones vecinas del este y sureste como con los países africanos); y un plan específico para la aplicación de políticas sobre rutas migratorias de los países sudafricanos⁸⁶.

En el marco de estas estratégicas armonizadas, se aprueba la Directiva sobre sanciones a empleadores (Directiva 2009/52/CE), la cual tiene como objetivo combatir la inmigración irregular obligando a los Estados miembros a prohibir y perseguir la contratación de inmigrantes ilegales.

⁸³ DÉBORAH SEBASTIÁN RUIZ | RTVE ARAGÓN, «Los extranjeros indocumentados, principales víctimas de explotación laboral», RTVE.es, 19 de octubre de 2021, <https://www.rtve.es/noticias/20211019/extranjeros-indocumentados-principales-victimas-explotacion-laboral/2195740.shtml>.

⁸⁴ Junco y Gómez-Urrutia, «Un proyecto para encauzar la acción legislativa en la “agenda para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea”».

⁸⁵ Junco y Gómez-Urrutia.

⁸⁶ Junco y Gómez-Urrutia.

Los límites que la ley impone a los solicitantes de asilo, sin permiso de empleo, se reflejan en un mercado negro del que se benefician oportunistas. Esta situación genera un impacto en las ofertas de trabajo y los precios.

No existen métricas oficiales para medir la venta de contratos de trabajo, documento necesario para solicitar el arraigo. Según el Ministerio de Trabajo, la simulación de relaciones laborales se produce tanto con españoles como con extranjeros, con el fin de obtener beneficios o permisos para residir y trabajar de forma regular. El Ministerio tampoco lo considera un "*hecho frecuente*", por lo que no existen inspecciones específicas para identificar tales actos fraudulentos en el caso de extranjeros.⁸⁷ Realmente, este tipo de prácticas, ponen en evidencia las deficiencias existentes en las políticas nacionales de empleo e inmigración.

Según la inspectora de Trabajo y Servicios Sociales, Beatriz Losada, "*La principal motivación de los movimientos migratorios es mejorar las condiciones de vida*", "*para ello hace falta un trabajo que, además, suele ser el medio de socialización del inmigrante*". Por ello es tan importante llevar un control para asegurarse que ningún empresario se aprovecha de la necesidad de estas personas. "*Cuando estos extranjeros viven en situación irregular están totalmente desprotegidos*", así obvia la Inspectora que es la propia Administración quien les pone en esta situación tan vulnerable, además añade, "*y quien les contrata está ahorrándose los enormes costes laborales y por tanto ejerciendo una enorme competencia desleal*".

La misma inspectora añade, que estos empresarios, "*saben bien lo que están haciendo y que están totalmente blindados ya que los inmigrantes no van a denunciarles*", porque tienen miedo a ser deportados o sancionados. No obstante, en cuanto se detecta este tipo de irregularidades, se les sanciona con multas que pueden ir de los 500 euros a los 100.000 o incluso penas de cárcel, en función de la cantidad de trabajadores que exploten, del contexto y de las condiciones.⁸⁸

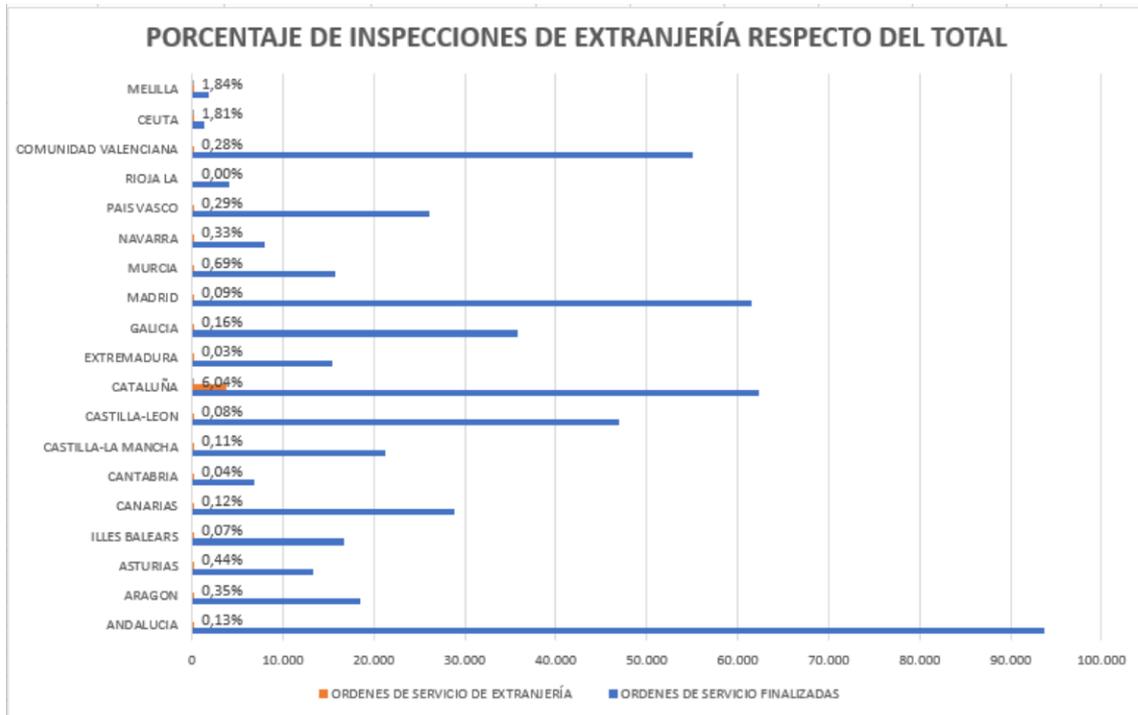
Para profundizar en este punto, es útil realizar un breve análisis de los datos de las inspecciones de trabajo del año 2019⁸⁹, en el área de empleo y extranjería en comparación con las inspecciones totales realizadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁸⁷ María Martín, «6.500 euros de entrada para conseguir un contrato de trabajo», El País, 22 de noviembre de 2021, <https://elpais.com/espana/2021-11-22/6500-euros-de-entrada-para-conseguir-un-contrato-de-trabajo.html>.

⁸⁸ «Los empresarios contratan inmigrantes ilegales porque saben que están en la más absoluta desprotección» - UIMP», accedido 28 de noviembre de 2021, <http://www.uimp.es/actualidad-uimp/los-empresarios-contratan-inmigrantes-ilegales-porque-saben-que-estan-en-la-mas-absoluta-desproteccion.html>.

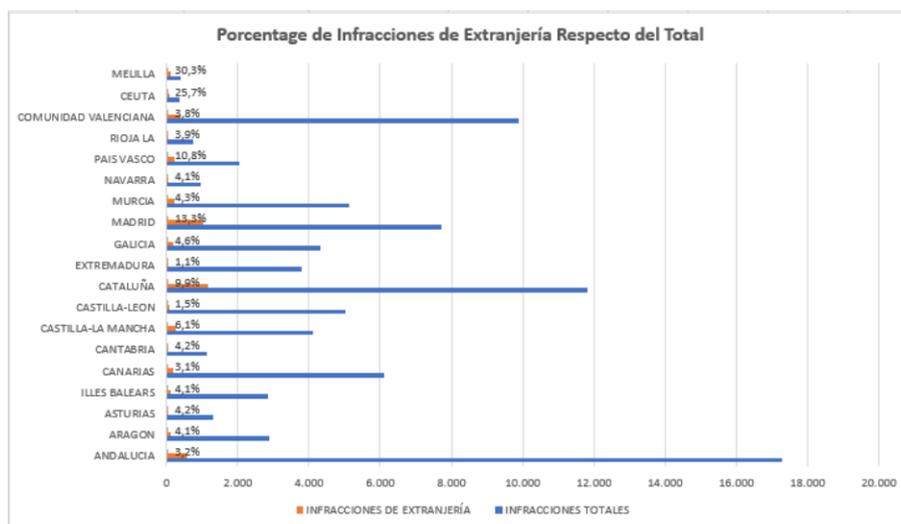
⁸⁹ Inspección de Trabajo y Seguridad Social, accedido 28 de noviembre de 2021, <https://www.mites.gob.es/itss/web/Utilidades/FAQs/EXT/ext.html>.

Además, como se podrá ver más adelante, también se ha incluido el análisis sobre el número de sanciones y la recaudación obtenida a través de las sanciones, comparándola con los mismos datos de la sección de extranjería.

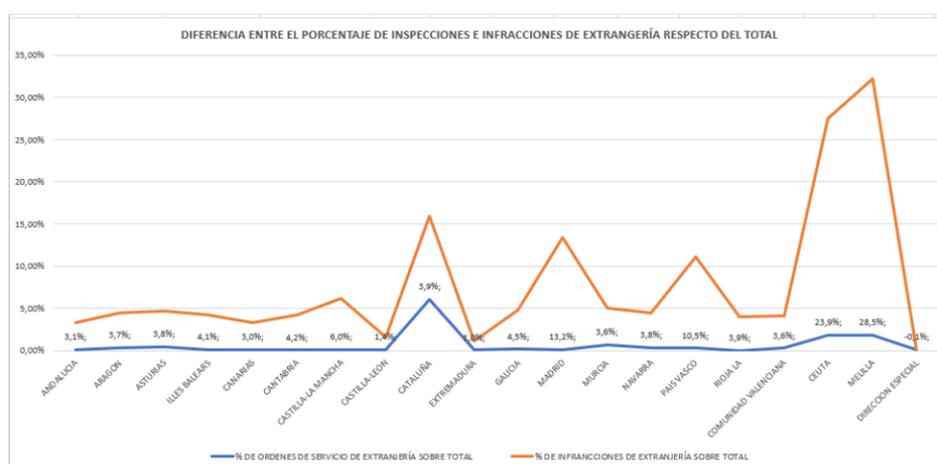


Primero, se va a comparar las inspecciones de extranjería respecto del total de inspecciones, donde se puede ver que la proporción de extranjería es casi residual, siendo entre un 0,04%- 6,04% de las inspecciones totales, y supone una media de 0,68% del total. Destacan Cataluña (6,04%), Melilla (1,84%) y Ceuta (1,81%) como las Comunidades Autónomas donde el porcentaje de inspecciones de extranjería es más significativo. Por otro lado, La Rioja, Islas Baleares y Cantabria, son las Comunidades que realizan menos inspecciones en el sector de extranjería.

Veamos si estos datos tan residuales se mantienen también si analizamos las infracciones detectadas y la recaudación obtenida de las sanciones:

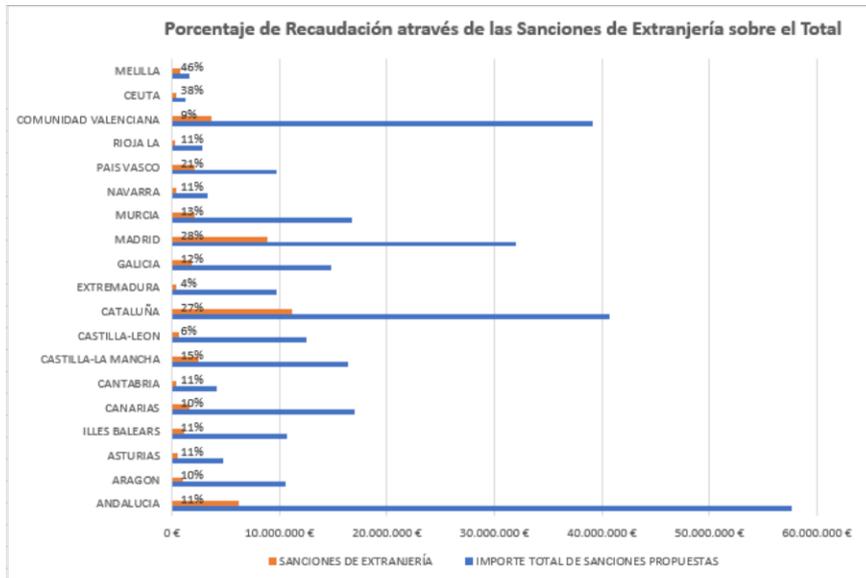


Como se puede observar, los datos aquí sufren una gran variación, siendo el porcentaje medio de inspecciones de extranjería respecto del total de 0,68%, si hacemos los mismos cálculos respecto de las infracciones, la media es del 3,87%, del total de las infracciones detectadas son de extranjería. En este gráfico, cambian las comunidades autónomas a destacar, siendo las que más detectaron infracciones, Melilla (30,3%) y Ceuta (25,7%), ambas se mantienen, pero surge Madrid, como la tercera Comunidad que detectó más irregularidades (13,3%), relacionadas con extranjería, a pesar de que solo el 0,09% de las inspecciones totales son de extranjería en esta Comunidad. Importa mencionar que en el País Vasco, el 0,29% de inspecciones que realiza están relacionadas con extranjería, sin embargo, el 10,08% de las infracciones son del sector de extranjería.

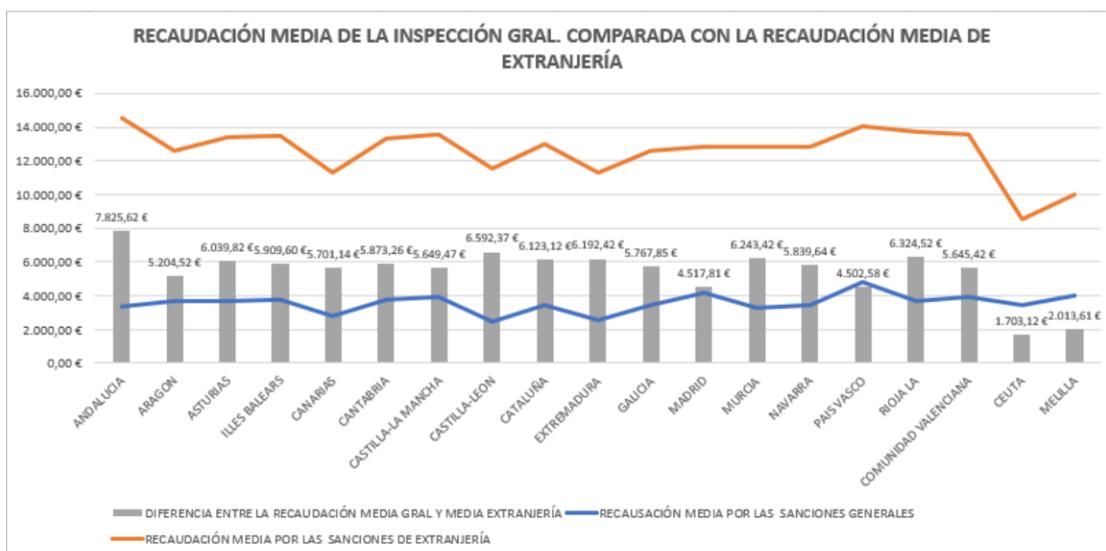


El análisis anterior se ve de manera mucho más ilustrativa, en este gráfico, donde se pueden observar la gran diferencia entre el porcentaje de inspecciones de extranjería respecto de las infracciones sancionadas. Siendo Cataluña la que realiza más inspecciones

de extranjería respecto del total, vale la pena, resaltar que es de las Comunidades que reflejan una menor diferencia entre inspecciones e infracciones.



Por último, se va a analizar la recaudación obtenida a través de las sanciones del sector de extranjería, respecto del total, tal como se refleja en el gráfico anterior. La recaudación de las sanciones de extranjería supone una gran diferencia respecto del número de inspecciones y de infracciones. Si volvemos atrás, la media de inspecciones de extranjería supone un 0,68% del total, de infracciones el 3,87%, sin embargo, la media de recaudación de extranjería sobre el total, es del 11,04%. La recaudación de extranjería supone una gran parte de la recaudación total, en Melilla (46%), Ceuta (38%), y de nuevo aparece Madrid (28%). En el lado opuesto, están las Comunidades de Extremadura (4%), Castilla y León (6%) y Comunidad Valenciana (9%), como aquellas que recaudan menos, comparándolo con el total, en el sector de extranjería.



Si para finalizar, se pone el foco en la recaudación media total, comparada con la recaudación media del sector de extranjería, vemos que las Comunidades que son más duras a la hora de gravar económicamente las sanciones de extranjería, son Andalucía, con una diferencia de 7.825,62€, dicha Comunidad, tiene la mayor diferencia entre la recaudación media general y la de extranjería, siendo la media de esta diferencia 4.725,03€.

Teniendo en cuenta los gráficos y el análisis anterior, se puede afirmar que aunque la administración no ha fijado como objetivo las inspecciones relacionadas con extranjería, existe un número elevado de infracciones, y sucesivamente de sanciones, recaudando de media 4.725,03€ más a través de las sanciones impuestas por razones de extranjería que por cualquier otra razón relacionada con Empleo y Seguridad Social.

B) Legislación nacional, europea y derechos humanos sobre la contratación de personas en situación administrativa irregular.

Este apartado dedicado a la legislación pretende acompañar y completar, desde el punto de vista jurídico, las conclusiones del punto anterior. Los instrumentos normativos vigentes sobre infracciones y sanciones en materia de empleo de inmigrantes son extraordinariamente complejos, debido a la doble regulación de la LEX y su Reglamento, que además de recoger las sanciones generales sobre migración, también regulan otros aspectos migratorios-laborales, que se superponen al sistema sancionador general migratorio y laboral de extranjeros en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden

Social (LISS)⁹⁰. Además, de la complejidad jurídica, las consecuencias de la contratación de personas en situación irregular son gravosas, y si también se mezclan con situaciones de explotación laboral, todavía más. De tal forma que, ambas situaciones están recogidas en el Código Penal.

El Estatuto de los Trabajadores (artículo 7 c)) concede capacidad para contratar a los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia. Se empezará ahora por extraer la normativa referente a este tema, en la legislación nacional, comenzando por la LEX, destacando los artículos 53, 54 y 55. Según esta ley, la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido anteriormente la correspondiente autorización de trabajo, constituye una infracción muy grave, pudiendo variar la correspondiente multa por trabajador en situación irregular, entre 10.001,00€ hasta 100.000,00 €. Dicho importe aumentará según lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación, conforme lo establecido en el artículo 48 de la Ley 62/2003. Además, la propia ley de extranjería incluye como posible sanción, en los artículos 55.6 de la Ley Orgánica 4/2000 anteriormente citada y 254.9 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años, en el supuesto tipificado en el artículo 54.1.d) de la LO 4/2000. La consecuencia más gravosa, contemplada por la ley, se encuentra en el artículo 57.1 y 58.1, que afirman: *“cuando realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b)⁹², c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”*. A su vez, el artículo 58 establece la prohibición de entrada en territorio caso sea expulsado, por un período máximo de 5 años. Es importante subrayar, en relación con el art. 57, una peculiaridad muy importante de la LEX, pues ciertas infracciones graves y muy graves pueden ser sancionadas con la expulsión de su autor, sin necesidad de que se hayan cometido en su grado máximo, teniendo en cuenta que la LEX no lo especifica⁹³.

⁹⁰ Alfredo Montoya Melgar, «El empleo ilegal de inmigrantes», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 17 (1 de julio de 2009): 17-32.

⁹¹ Instrucción 101/2001 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a cuyo tenor, tras la entrada en vigor de la LO 8/2000, las infracciones en materia de trabajo de extranjeros han de ser perseguidas aplicando la LEX y no la LISS.

⁹² 1. b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuenta con autorización de residencia válida.

⁹³ Melgar, «El empleo ilegal de inmigrantes».

A pesar de todas las sanciones que hasta ahora se han expuesto, la carencia de la correspondiente autorización no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.

Sí la persona en situación irregular, decidiera ser trabajador por cuenta propia, según lo establecido en los artículos 52 c), 53.1. b) y 55 de la Ley Orgánica 4/2000, las consecuencias administrativas en caso de ausencia de autorización de trabajo dependen de si a la persona le ha concedido un permiso de residencia válido en España, constituyendo en el primer caso infracción leve sancionable con multa de hasta 500 euros. En caso contrario, se considera una infracción de grave, con multa de 501 euros hasta 10.000 euros, o la expulsión del territorio español del extranjero carente de autorización de residencia y trabajo (artículos 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 y 254.5 del Real Decreto 557/2011)⁹⁴.

La situación cambia un poco para las personas en situación irregular, como son los solicitantes de asilo durante el recurso, ya que el art. 59, exime de responsabilidad administrativa y de la consecuente expulsión del territorio de acogida, a los extranjeros que sean víctimas, perjudicados o testigos, de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, siempre y cuando denuncie, coopere con las autoridades o testifique. Incluso la legislación permite la concesión de una autorización provisional de residencia y trabajo a favor del extranjero que cumpla con los anteriores requisitos.

Sumergiendo el análisis en una perspectiva aún más punitiva, se debe entrar en el Código Penal (artículos 311, 311 bis y 312). El artículo 311 bis castiga con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quien: “*a) De forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, o b) emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo*”. Si no solo se emplea a personas en situación irregular, sino que concurre con un crimen de explotación o vulneración de derechos laborales, las penas de prisión son de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses (art. 311). A su vez, las penas de prisión aumentan de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, en los 3 siguientes

⁹⁴ Inspección de Trabajo y Seguridad Social, accedido 28 de noviembre de 2021, <https://www.mites.gob.es/itss/web/Utilidades/FAQs/EXT/ext.html>.

supuestos: (1) para los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra (art. 312.1); (2) quienes recluten a personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo a cambio de condiciones de trabajo engañosas o falsas; (3) quienes empleen a extranjeros, sin permiso de trabajo, en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que estuviesen recogidos en la normativa vigente (art. 312.2). Por último, los que incumplan las normas de prevención de riesgos laborales podrán cumplir penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. Sobre la regulación penal, el Catedrático Alfredo Melgar concluyó al comparar los art. 311.1⁹⁵ y 312.2 que el Código Penal considera más grave, desde el punto de vista de la sanción, la conducta de empleo ilegal de un extranjero que la de un nacional. Los dos tipos exigen el incumplimiento de los derechos laborales, aunque, en el caso de empleo de los nacionales (art. 311.1) exige un mayor grado de culpabilidad (engaño o abuso de situación de necesidad), *“dos requisitos no recogidos por el art. 312.2 CP y que no se pueden presumir en todo caso de empleo de un inmigrante irregular”*⁹⁶.

Subiendo un escalón, la regulación europea es bastante estricta a este respecto. La normativa recogida en la Directiva 2009/52/CE del parlamento europeo y del consejo, de 18 de junio de 2009, establece normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. El Consejo Europeo acordó reforzar la cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra la inmigración clandestina y solicitó el refuerzo de las medidas contra el empleo ilegal. Tales medidas tienen como objetivo prohibir el acceso al empleo de nacionales de terceros países que no tengan derecho a residir en la Unión Europea, y en la imposición de sanciones a los empleadores que no la respeten (art. 3). Se traslada a los empleadores la obligación de comprobar que dichos nacionales disponen de un permiso de residencia válido u otra autorización de estancia equivalente, que pruebe que los nacionales de terceros países permanecen legalmente en el territorio del Estado miembro (art. 4).

Aun así, la directiva, de conformidad con la legislación nacional, considera que debe exigirse siempre al empleador, el abono a los nacionales de terceros países de la remuneración pendiente por el trabajo efectuado y el pago de las cotizaciones sociales e impuestos debidos. Si no puede determinarse el nivel de remuneración, se debe presumir

⁹⁵ **Artículo 311 C.P:** Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a seis años y multa de seis a doce meses: 1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

⁹⁶ Melgar, «El empleo ilegal de inmigrantes».

que es al menos el salario previsto en la legislación aplicable sobre el salario mínimo, los convenios colectivos o la práctica establecida del sector de actividad de que se trate. El empleador debe abonar, también, si procede, los costes resultantes del envío de la remuneración pendiente al país que al que ha retornado o ha sido devuelto el nacional de un tercer país empleado ilegalmente. Sin embargo, si el empleador no liquida su deuda con el empleado, los Estados miembros no deben estar obligados a cumplir con esta obligación en lugar del empleador, pero deben considerar la posibilidad de permitir que una autoridad competente inicie un procedimiento contra un empleador con el fin de reclamar la remuneración pendiente. Los Estados miembros deben además establecer una presunción de duración de la relación de trabajo de al menos tres meses, de modo que la carga de la prueba recaiga en el empleador por lo que respecta al menos a un determinado período.

La Directiva refuerza la legislación nacional, pues abre la posibilidad de aplicar otras sanciones a los empleadores, como la exclusión del derecho a recibir todas o alguna de las prestaciones, ayudas o subvenciones públicas, entre otras, las subvenciones agrícolas, la exclusión de las licitaciones públicas y la devolución de todas o alguna de las prestaciones, ayudas o subvenciones públicas ya concedidas, incluidos los fondos de la UE administrados por los Estados miembros, incluyendo las sanciones penales (art. 5, 7 y 9).

Por otro lado, tal como hace la ley de extranjería, los Estados miembros deben conceder a los nacionales de terceros países, que colaboren con las autoridades y que hayan estado sometidos a condiciones laborales especialmente abusivas o que fueran menores empleados ilegalmente, un permiso de residencia de duración limitada a la duración del procedimiento judicial. Además, dichos permisos deben ser comparables a los que se aplican a los nacionales de terceros países incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Por último, en la exposición de motivos, una vez más mezclando varios aspectos, refiere que la presente Directiva debe considerarse como un complemento a las medidas para combatir el trabajo no declarado y la explotación.

En materia de legislación de protección de los derechos humanos, se hace referencia al Instrumento de ratificación del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, hecho en Ginebra el 11 de junio de 2014, y Carta de los Derechos

Fundamentales de la Unión Europea. Ambos instrumentos no prohíben la contratación de personas en situación irregular, pero sí protegen a estas personas en casos de trabajo forzoso u obligatorio y la esclavitud. Destaca el artículo 4 del Protocolo en el que obliga a todo Miembro a velar por que todas las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, independientemente de su situación jurídica o de que se encuentren o no en el territorio nacional, tengan acceso efectivo a acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización. Además, todo Miembro deberá adoptar, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades competentes puedan decidir no enjuiciar ni imponer sanciones a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio, por su participación en actividades ilícitas que se han visto obligadas a cometer, como consecuencia directa de estar sometidas a trabajo forzoso u obligatorio. Por último, el artículo 2 d), de este mismo protocolo, especifica que es responsabilidad de los Estados, la protección de las personas, en particular los trabajadores migrantes, contra posibles prácticas abusivas y fraudulentas en el proceso de contratación y colocación.

La regulación para evitar la contratación de personas en situación irregular es clara, precisa, al contrario que otras regulaciones relativamente a los derechos de los solicitantes de asilo que, en parte, carecen de estas cualidades. También es destacable la protección de las víctimas de explotación, trabajo forzoso, en todos los ámbitos legales, nacional e internacional, facilitando el acceso a un permiso de residencia, siempre y cuando denuncien.

C) Jurisprudencia nacional y europea sobre la contratación de personas en situación administrativa irregular.

Después de haber analizado la legislación más relevante sobre las consecuencias de trabajar sin estar autorizadas para ello, siendo esta la única alternativa que, en la práctica, tienen los solicitantes para poder sobrevivir durante el periodo antes señalado, es pertinente realizar un acercamiento a la jurisprudencia, lo que contribuye a entender esta situación, desde su dimensión práctica. En este sentido, este trabajo se ha centrado inicialmente en sentencias de los Tribunales de Justicia españoles⁹⁷, desde el 2010 hasta

⁹⁷ Tribunal Superior de Justicia de Cantabria 416/2010, Tribunal Superior de Justicia de Madrid 511/2010, Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León 1576/2011, Tribunal Superior de Justicia de País Vasco 332/2012, Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León 1174/2012, Tribunal Superior de Justicia de Madrid 50/2013, Tribunal Superior de Justicia de Madrid 684/2016 ES:TSJM:2016:13977, Tribunal Superior de Justicia de Madrid 771/2017 ES:TSJM:2017:13845, Tribunal Superior de Justicia de Galicia 556/2018 ES:TSJGAL:2018:4836.

el 2018, sentencias que dejan ver la evolución jurisprudencial, pero que en estos momentos ya están desactualizadas.

Por ello, se ha escogido, la sentencia Tribunal Supremo 366/2021⁹⁸, porque permite presentar la realidad actual y al mismo tiempo hace varias referencias a la evolución, incluyendo jurisprudencia del TJUE y del TEDH. Esta sentencia visa argumentar, al mismo tiempo que analiza, la jurisprudencia vigente, cuáles son los criterios para poder proceder a la expulsión de una persona en situación irregular, que permanece en territorio de acogida y está trabajando. Al fin y al cabo, para el solicitante de asilo, lo más importante es poder permanecer en territorio, por lo que este enfoque es el que se considera de mayor utilidad.

Inicialmente, la sentencia del TS de 12.6.2018, había establecido que la Ley de Extranjería, no es la normativa que se debe aplicar frente a la Directiva. Asimismo, TSJ de Madrid, el 5/6/2017, determinó que desde la sentencia del TJUE de 23.4.2015, y dados los términos de la Directiva de Retorno, no resultaban de aplicación los criterios sobre proporcionalidad de la sanción para extranjeros en situación irregular, criterios que permitían optar por multar al extranjero frente a la expulsión o devolución, establecidos por el Tribunal Supremo desde el año 2007. Esta doctrina, instituyó que, conforme a la Ley de Extranjería, la sanción ordinaria por permanecer o trabajar de forma irregular, consistía en una multa; por lo cual, para imponerse una expulsión, era necesario que concurriese alguna circunstancia agravante. Las circunstancias que se consideraban agravantes eran, por ejemplo, que el extranjero hubiera sido detenido o condenado por delito, que estuviera indocumentado ocultando su identidad, no pudiese acreditar cómo había entrado en España, hubiese incumplido una orden de salir dirigida personalmente y otras circunstancias similares.

Sin embargo, desde el día 24.12.2010, comenzó a ser aplicable la citada Directiva de Retorno, Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16.12.2008 sobre normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. En dicha Directiva, en el caso de detectarse que un ciudadano extracomunitario está ilegalmente en cualquiera de los países miembros, resulta obligado dictar una orden de retorno a su país y si no la cumple, expulsarle forzosamente o según las circunstancias, acordar directamente el retorno forzoso. Establece asimismo unos supuestos limitados en que se admiten excepciones a

⁹⁸ ES:TS:2021:1181

esta obligación, en interés de los menores, por respeto a la convivencia familiar y por ciertos motivos humanitarios.

Siendo esta Directiva incompatible con una regulación como la determinada en la citada doctrina del TS, el TJUE en sentencia de 23.4.2015, resolvió una cuestión prejudicial sobre la proporcionalidad de la expulsión en caso de que un extranjero se mantuviera en territorio y trabajase de forma irregular.

Siendo esta jurisprudencia anterior a la Directiva, el TSJ del País Vasco, suscita una cuestión prejudicial, por auto de 17 de diciembre de 2013, en que se pregunta al Tribunal de Justicia *"¿si los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115 debían ser interpretados en el sentido de que se oponen a la interpretación que de las normas nacionales hace el Tribunal Supremo español que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?"*. A pesar de que ya contaba con la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015⁹⁹, que fue seguida por el TS, el cual dicta decisiones de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, salvo que concurran algunas de las excepciones que se contemplan en la misma Directiva.

Tras la mencionada sentencia, las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia asumieron la doctrina establecida por el Tribunal Europeo y, el debate sobre la aplicación de la mencionada jurisprudencia comunitaria y la forma en que, conforme a ella, debía interpretarse el artículo 57 de la Ley nacional, se suscitó ante el TS. Este tribunal examina en la sentencia 980/2018, de 12 de junio, dictada en el recurso de casación 2958/2017¹⁰⁰, si se debe determinar la expulsión del territorio español como única sanción, cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, o si, por el contrario, la sanción preferente para dichas conductas es la multa, siempre que no concurran circunstancias agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de la multa por la expulsión del territorio nacional. La sentencia resuelve de la siguiente manera, *"lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución"*.

⁹⁹ EU:C:2015:260

¹⁰⁰ ECLI:ES:TS:2018:2523

Por otro lado, el TS en la sentencia 980/2018, respetó los argumentos esgrimidos por el TJUE en su sentencia 2015/260. Sin embargo, expuso la posibilidad de rechazarlos, porque suponía aplicar directamente la Directiva, desplazando el Derecho nacional, en contra de los derechos de los ciudadanos, dado que la regulación española da la orden de expulsión, con la posibilidad de imponer la sanción de multa, era más favorable que la establecida en la Directiva 2008/115, en la forma interpretada por el TJUE. Rápidamente, respondió la sentencia a esta posibilidad, pues cabe recordar que los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una Directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil¹⁰¹. Resulta clara la postura mantenida por el TJUE sobre la normativa nacional aplicable, concluyendo, que una normativa nacional puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva. La mencionada interpretación del artículo 57. 1º que se hace en la sentencia de 2018 fue aplicada reiteradamente en sentencias posteriores de este Tribunal Supremo¹⁰².

La mencionada cuestión prejudicial, interpuesta por el TSJ del País Vasco, fue resuelta por sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2020¹⁰³, asunto C-568/19, se declara en dicha sentencia, siguiendo también la sentencia 980/2019, que las "*autoridades administrativas y judiciales españolas están habilitadas para inaplicar las previsiones de la Ley de extranjería sobre la precedencia de la sanción de multa y la necesidad de motivación explícita de la expulsión por la existencia de motivos agravantes*". En ese sentido el Tribunal Supremo aplicó directamente la Directiva 2008/115, en perjuicio del interesado y con agravación de su responsabilidad penal, ya que, a raíz de la sentencia del TJUE¹⁰⁴, de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, los tribunales españoles quedaron obligados a aplicar directamente esa Directiva, aun en perjuicio de los interesados. Siguiendo el razonamiento del TJUE, remitiéndose a otras sentencias¹⁰⁵, los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar la legislación nacional, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, imponiendo así a los Tribunales españoles determinar si el Derecho interno admite una interpretación conforme a las exigencias de la Directiva. Sin embargo, es muy concreto, cuando excluye que los Tribunales españoles pueden dejar de aplicar la

¹⁰¹ La sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807

¹⁰² STS 4 y 19 de diciembre de 2018; ECLI:ES:TS:2018:4270 y 4386; hasta las últimas de 24 de octubre y 20 de noviembre de 2020; ECLI:ES:TS:2019:3413 y 3781

¹⁰³ ECLI:EU:C:2020:807

¹⁰⁴ EU:C:2015:260

¹⁰⁵ sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y otros, C-103/18 y C-429/18, EU:C:2020:219, apartado 121

norma nacional, más beneficiosa para los ciudadanos, por la eficacia directa de la Directiva. La doctrina del TJUE, siguió sin convencer a muchos TSJ e incluso, se volvió a interponer otras cuestiones prejudiciales sobre este asunto¹⁰⁶.

Conforme a lo expuesto, la aplicación actual de Ley nacional conforme a la Directiva y la jurisprudencia europea admite dos opciones; o hay mera estancia que no genera expulsión, o hay estancia irregular y necesariamente debe acordarse la expulsión, excepto que se den algunas de las excepciones expuestas por la propia Directiva. Ese es el régimen jurídico que se impone en la Directiva a los ciudadanos extranjeros en situación irregular en territorio de cualquier Estado de la Unión Europea y esa es la interpretación que debe hacerse del artículo nacional.

No obstante, tal y como declara la jurisprudencia comunitaria de forma reiterada, la decisión de retorno se tiene que adoptar de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, por lo que se llega a la conclusión que debe tenerse en cuenta otros factores, además del mero hecho de la situación irregular¹⁰⁷. Es decir, para la norma comunitaria, la mera estancia irregular sin la concurrencia de otros "factores", no comporta la necesidad de adoptar una decisión de retorno, aunque estos factores, en modo alguno se vinculan, en esa jurisprudencia, a los supuestos en que la propia Directiva excluye la posibilidad de dictar una decisión de retorno en el propio artículo 6 ni, incluso a nivel más genérico, en los artículos 4 y 5. Especial consideración ha merecido al Tribunal de Justicia que la decisión de retorno haya de adoptarse en el seno de un procedimiento, que debe ser justo y transparente y en el que se respeten los derechos humanos y las garantías procedimentales¹⁰⁸, en el cual se termine, en su caso, adoptando la decisión de retorno, que deberá dictarse por escrito, estar motivada y dar oportunidad de ser recurrida de manera efectiva y mediante control judicial¹⁰⁹. Esta exigencia del procedimiento y sus garantías, se ha declarado en la sentencia de 5 de noviembre de 2014, C-166/13¹¹⁰ que se impone *"la obligación para las autoridades nacionales competentes de permitir al interesado expresar su punto de vista sobre las modalidades de su retorno, a saber, el plazo de salida y el carácter voluntario u obligatorio del retorno (...) [que se adopta] de conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión, incluido*

¹⁰⁶ sentencia de 6 de octubre de 1982, asunto C-283/81; también, la más reciente de 4 de octubre de 2018, asunto C-416/17; ECLI: EU:C:2018:811

¹⁰⁷ sentencia de 7 de junio de 2016, asunto C-47/15; ECLI: EU:C:2016:408

¹⁰⁸ sentencia de 19 de junio de 2018, asunto C-181/16; ECLI: EU:C:2018:465

¹⁰⁹ sentencia de 2 de julio de 2020, asunto C-18/19; ECLI: EU:C:2020:511

¹¹⁰ ECLI: EU:C:2014:2336

el de proporcionalidad, que deben adoptarse de manera individualizada y teniendo debidamente en cuenta los derechos fundamentales de la persona interesada."

Estos son los requisitos según el TJUE, para poder adoptarse una decisión de retorno, siempre que resulte "*comprobada la irregularidad de la situación*"¹¹¹, rechazándose que esa decisión pueda adoptarse "*de manera automática, por vía normativa o mediante la práctica, de conceder un plazo de salida voluntaria... exige que se compruebe de manera individualizada si la ausencia de tal plazo sería compatible con los derechos fundamentales de esa persona*"¹¹². En definitiva, para el Tribunal de Justicia, los mandatos de la Directiva deben vincularse, no solo a la mera estancia irregular de los extranjeros en cualquier Estado de la UE, sino que deberán valorarse otros factores concurrentes, de manera individualizada y tras seguir un procedimiento con plenas garantías, pero siempre atendiendo al principio de proporcionalidad. Cabe concluir de lo expuesto, que la mera estancia irregular, sin la concurrencia de otros factores, no puede justificar una decisión de retorno. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹¹³ erige como una exigencia especial a la hora de interpretar la Directiva y sus efectos, el respeto al principio de proporcionalidad durante todas las fases del procedimiento de retorno, incluida la fase relativa a la decisión de expulsión.

Sobre ese presupuesto deberá concluirse que el juicio de proporcionalidad deberá tomar en consideración, por un lado, la finalidad de la norma y por otro, los derechos de los ciudadanos que en su aplicación se vean afectados, debiendo estos estar en proporción a aquella finalidad. Y en ese proceso está claro que la finalidad de la norma, tanto de la Directiva como de nuestro artículo 57, interpretado conforme a la misma, no es otra que la salida imperativa de todo ciudadano de un tercer Estado que se encuentre en España de manera irregular. En relación con los derechos de los ciudadanos afectados por dicha finalidad, la expulsión debe adoptarse, conforme ya hemos visto, cuando la estancia obedezca a factores determinantes que hagan necesaria dicha imposición; es decir, conforme a la jurisprudencia comunitaria es el juicio de proporcionalidad el que determina, en función de los factores añadidos a la mera estancia irregular, cuando procede dictar una decisión de retorno. En esa interpretación, en el artículo 57. 1º, el principio de proporcionalidad ha de aplicarse ya para determinar cuándo la estancia

¹¹¹ sentencia de 14 de enero de 2012, asunto C-441/2019; ECLI: EU:C:2021:9

¹¹² sentencia de 11 de junio de 2015, asunto C-554/13; ECLI: EU:C:2015:377

¹¹³ la sentencia de 11 de junio de 2015, asunto C- 554/13 (ECLI: EU:C:2015:377), la sentencia El Dridi, C-61/11 PPU, (EU:C:2011:68, apartado 41), C-554/13, de 11 de junio de 2015; ECLI: EU:C:2015:377, la sentencia de 11 de junio de 2015, asunto C-554/13 (ECLI:EU:C:2015:377) y de 15 de febrero de 2016, asunto C-601/15; (ECLI: EU:C:2016:84)

irregular pueda o no dar lugar a la expulsión, única medida ya posible. Y en esa tesitura, resulta manifiesto que, para poder adoptar una decisión de esa entidad, la única interpretación admisible, conforme a la propia jurisprudencia comunitaria, es atender a factores añadidos a la mera estancia, que justifique la expulsión. Y, a sensu contrario, ni en la Directiva, ni ahora en nuestro Derecho, la mera estancia irregular sin esos factores puede dar lugar a una decisión de retorno, es decir a una orden de expulsión. Es más, en aplicación del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación que le es propio, deberá convenirse que, si a la mera estancia no hay factores concurrentes, no hay nada que ponderar a los efectos de justificar una decisión de retorno o expulsión, esa sería la conclusión de la aplicación del referido principio que inspira la Directiva y que impone de manera taxativa el artículo 57.1º.

De esas garantías, hace un exhaustivo estudio la STS 321/2020, de 4 de mayo, dictada en el recurso de casación 5364/2018¹¹⁴, tomando en consideración los criterios anteriores del propio tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la mayoría de los supuestos, se consideró suficiente el encontrarse el extranjero en situación irregular, pero sin documentación alguna por la que pudiera ser identificado¹¹⁵, o incluso con el añadido de ignorar, por esa ausencia de documentación, no solo los datos personales, sino la forma de entrada en territorio nacional¹¹⁶. También se constata que se ha considerado como causa justificativa de la expulsión, no haber cumplimentado voluntariamente una orden previa de salida obligatoria, adoptada conforme a lo establecido en el artículo 28 de la LOEX¹¹⁷, o cuando la residencia autorizada fue obtenida de manera fraudulenta, basada en hechos posteriormente declarados falsos y revocada dicha residencia¹¹⁸.

No está de más añadir, con la finalidad de establecer criterios orientativos de las circunstancias que pueden servir para motivar una orden de expulsión, que la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de la Dirección General de la Policía, del Ministerio del Interior, ha dictado la Instrucción 11/2020, de 23 de octubre de 2020, precisamente para la aplicación de las mencionadas sentencias del TJUE 2015/260 y 2020/807. En la misma, se consideran como circunstancias que puedan motivar dicha propuesta de expulsión, al amparo de lo establecido en el artículo 57. 1º a) de la LOEX, las siguientes,

¹¹⁴ ECLI:ES:TS:2020:753

¹¹⁵ sentencia de 27 de mayo de 2008; ECLI:ES:TS:2008:2379

¹¹⁶ sentencias de 26 de diciembre de 2007; ECLI:ES:TS:2007:8567; 14 de junio de 2007; ECLI:ES:TS:2007:4157 y de 5 de junio de 2007; ECLI:ES:TS:2007:4767

¹¹⁷ sentencia de 22 de febrero de 2007; ECLI:ES:TS:2007:1235

¹¹⁸ sentencia de 8 de noviembre de 2007; ECLI:ES:TS:2007:7390

a título meramente ejemplificativos: "*Haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito o que al mismo le consten antecedentes penales. Que el extranjero invoque una falsa nacionalidad. La existencia de una prohibición de entrada anterior. Carencia de domicilio y documentación. El incumplimiento de una salida obligatoria. Imposibilidad de comprobar cómo y cuándo entró en territorio español determinada por la indocumentación del extranjero, o la ausencia de sello de entrada en el documento de viaje*".

Esta sentencia del TS que se viene analizando, concluye que se acoge a la anterior jurisprudencia de este Tribunal Supremo del 2007, cuando se interpretó el mencionado artículo 57. 1º antes de la efectividad de la Directiva 2008/115, porque, a la postre, se confirma que "*la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal...*"¹¹⁹. Aun cuando fuera así, evitando así hacer una abierta confrontación con la norma comunitaria, sino interpretar el precepto conforme a la Directiva, que es el cometido impuesto por el TJUE. El TS añade, que los razonamientos anteriores comportan una mayor incidencia en esa interpretación previa a la Directiva y la integración de nuestra norma en las exigencias de esta, al excluir la posibilidad de sancionar la estancia irregular con sanción de multa sin expulsión, que distorsionaba el régimen legal y era contrario a la Directiva.

Además, la sentencia del TJUE 2020/807 afirma, invocando su reiterada jurisprudencia, en el sentido de que las Directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las Directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas, lo que le conduce a la conclusión de que la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes. Conforme a la jurisprudencia del TJUE, la decisión de retorno y su ejecución, no se produce de manera automática, sino que es preciso seguir un procedimiento justo en el que se dé intervención al interesado, se valoren de manera completa y adecuada las circunstancias personales y familiares del interesado y las condiciones en que se va a materializar el retorno.

De lo expuesto anteriormente, es posible concluir que el TS destaca tres puntos fundamentales en su jurisprudencia: (1) la situación de estancia irregular puede llegar a determinar, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución

¹¹⁹ sentencia, antes citada, de 4 de octubre de 2007, ECLI:ES:TS:2007:6679

por una sanción de multa; (2) la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria; (3) que por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación con la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación.

Capítulo 2: Educación y Sanidad

1. Acceso a la Educación de los solicitantes de asilo.

A) Dificultades que enfrentan los solicitantes en el acceso a la educación.

Una vez se ha abordado el derecho al empleo e identificadas las dificultades que enfrentan los solicitantes, en este trabajo se ha considerado acertado analizar el derecho a la educación, considerando que esta se ve como una oportunidad de socialización, inclusión y una forma de ofrecer acceso a la cultura y proporcionar bienestar individual y colectivo a todas las personas. También en el abordaje de este tema, se trata de estudiar si existe o no discrepancia entre la legislación y la realidad social. En este punto, se hará referencia a estudios y análisis sobre la realidad a la que se enfrentan los menores solicitantes de asilo en el acceso a la educación.

El Defensor del Pueblo¹²⁰ publicó recientemente las observaciones del grupo de trabajo sobre educación, especializado en la acogida e integración de refugiados, divididas por tramos educativos. En la educación de cero a seis años, el Defensor llamó la atención sobre el reducido número de plazas de educación infantil. Aunque esta advertencia es importante, hay que tener en cuenta que solo cuatro de cada diez niños españoles menores de 3 años acceden al primer ciclo de Educación Infantil, siendo que el 40% de las familias

¹²⁰ Defensor del Pueblo, «Acogida e integración de refugiados. Grupo de trabajo sobre Educación | Defensor del Pueblo», accedido 5 de enero de 2022, <https://www.defensordelpueblo.es/jornada-refugiados/conclusiones-y-propuestas-en-educacion/>.

asumen los costes asociados a esta etapa (la media europea es del 25%)¹²¹ (Molina 2021). De este modo, parece inevitable que la escasez de plazas afecte también a los solicitantes. Avanzando en los niveles educativos, el informe realiza un análisis de la educación obligatoria, y expone la carencia de aulas de enlace, refuerzo y mediadores culturales, que exige la legislación nacional. Estos recursos dependen en gran medida de voluntarios que carecen de la formación necesaria para el adecuado desempeño de las tareas que realizan. Referente a la escasez de la formación de los profesores que se dedican a impartir las aulas de enlace, es importante señalar que estos docentes tienen tan solo acceso a Jornadas o Encuentros sobre educación intercultural y algunos cursos sobre educación intercultural dirigidos a los equipos directivos¹²², lo que por su periodicidad y calidad son completamente insuficientes¹²³. Sobre la formación profesional y para el empleo, el referido informe insiste en las dificultades para el aprendizaje del español y la necesidad de invertir en su enseñanza, así como de conseguir el título de Educación Secundaria. A estas dificultades dentro del sistema educativo que enfrentan los menores, Asylum Information Database y European Council on Refugees and Exiles, han señalado que los hijos de inmigrantes, solicitantes de asilo y beneficiarios de protección internacional siguen encontrando obstáculos para acceder a la educación en España. Esto parece deberse a las trabas burocráticas, pero también al racismo institucional. En febrero de 2020, el Comité de Derechos del Niño de la ONU instó a las autoridades españolas a adoptar medidas para el acceso inmediato de una niña a la educación en Melilla. Igualmente, a finales de 2020, el Defensor del Pueblo español exigió al Ministerio de Educación la escolarización inmediata de tres niños en Melilla¹²⁴.

De nuevo, los solicitantes de asilo se enfrentan a grandes rasgos a los mismos problemas que los nacionales con pocos recursos, específicamente en el acceso a las becas. La Fundación 'la Caixa', afirmó que el 20% de los universitarios en España necesita apoyo económico para llevar a cabo sus estudios, por ello un 8,4% de alumnos con necesidades específicas de apoyo educativo por motivos sociales abandona sus estudios después de finalizar su etapa postobligatoria¹²⁵. Aquí se ve reflejado el problema en el acceso a las

¹²¹ Violeta Molina, «La educación de 0 a 3 años, marcada por la desigualdad en España», La Opinión de A Coruña, 22 de noviembre de 2021, <https://www.laopinioncoruna.es/sociedad/2021/11/22/educacion-0-3-anos-marcada-59799096.html>.

¹²² Centro de Investigación y Documentación Educativa (España), *La atención al alumnado inmigrante en el sistema educativo en España*. (Madrid: Centro de Investigación y Documentación Educativa, 2004).

¹²³ «La situación educativa de los niños refugiados en España», *Magisnet* (blog), 12 de diciembre de 2017, <https://www.magisnet.com/2017/12/la-situacion-educativa-de-los-nios-refugiados-en-espaa/>.

¹²⁵ «Las “notas brillantes” no son suficientes para acceder a la universidad cuando no puedes pagarla», *El Español*, 11 de noviembre de 2021, https://www.elespanol.com/enclave-ods/historias/20211111/brillantes-no-suficientes-acceder-universidad-puedes-pagarla/626187794_0.html.

becas y ayudas económicas para sufragar los gastos académicos. En el caso de los solicitantes, se añaden los problemas relacionados con el dominio del idioma, las dificultades de identificar y gestionar la solicitud de ayudas, y sobre todo el problema al no disponer de la documentación necesaria, aspecto esencial a la hora de solicitar cualquier tipo de apoyo a la administración¹²⁶.

El Instituto de Migraciones de la Universidad de Granada publicó un estudio sobre “*El desarrollo normativo que regula las aulas escolares de nacionalidad extranjera*”, en el cual hace una revisión de las legislaciones autonómicas referentes a los modelos de organización de las “aulas especiales” extrayendo los siguientes modelos:

- **Aula Compartida:** el menor comparte la clase con el resto de sus compañeros nacionales, con apoyo individualizado de un docente, que comparte con el resto del alumnado inmigrante. Sin embargo, hay poca legislación sobre este modelo, por la dotación de recursos que exige, a pesar de que la ley, da prioridad a la socialización común con el resto de los compañeros.
- **Aula Propia/Aulas de enlace:** al contrario de lo que establece la legislación nacional, la mayor parte del desarrollo normativo, casi la totalidad, está dedicado a la organización de este tipo de aula, a las que cada comunidad denomina de manera diferente, pero en la práctica es lo mismo, aulas separadas del resto de niños de su edad.
- **Aula itinerante y aulas intercentros:** la normativa se refiere a ellas escuetamente, y de manera diferente según la comunidad autónoma, pero se resume en lo mismo; un servicio ejecutado por profesores, voluntarios y mediadores, que van rotando de escuelas para poder dar apoyo a los niños extranjeros de la misma región.

Es importante matizar que no todos los establecimientos de enseñanza pública disponen de aulas de enlace, pues es un programa para el cual es necesario cumplir una serie de requisitos didácticos y organizativos, para su adjudicación. Además de la legislación sobre los modelos de organización de las aulas especiales, según cada Comunidad Autónoma, cambia también el número de alumnos por clase, las horas de clase que tienen por semana y la dedicación a cada alumno. Por ejemplo, el tiempo máximo que permiten a cada alumno permanecer en estas aulas enlace también varía: Aragón y Cataluña tienen establecido un periodo máximo de 2 años, Andalucía, Baleares y Madrid, un curso

escolar, y el resto de las Comunidades reducen el tiempo hasta el mínimo de un trimestre¹²⁷.

Juntamente con los servicios educativos enfocados a los menores, también existen programas dirigidos a las familias, que existen formalmente, pero en la práctica son escasos y dotados de muy pocos recursos, como son las medidas dirigidas a la integración de las familias en los centros escolares o el servicio de interpretación o de mediadores culturales¹²⁸.

Teniendo en cuenta estas condiciones educativas y cómo cada Comunidad ejerce su responsabilidad, recogida en las leyes estatales referidas a la integración, acompañamiento, y educación de los menores solicitantes de asilo es interesante asomarse a las consecuencias y resultados de todo ello.

Adrián Neubauer Esteban, publicó un monográfico sobre “*El derecho a la educación de los menores refugiados y solicitantes de asilo desde el enfoque basado en los derechos humanos: dificultades, finalidad e intervención educativa*”¹²⁹, en el cual recoge cómo la falta de dominio de la lengua del país de acogida es el problema más común, lo que era previsible teniendo en cuenta que nadie aprende a hablar un idioma en 9 meses, y mucho menos en 3 meses. Resalta además la imperante necesidad de revisar la calidad educativa que reciben estas niñas y niños. Estos factores comprometen el rendimiento académico de estos menores, más bajo respecto del alumnado autóctono, el cual se refuerza con las bajas expectativas del profesorado sobre los alumnos refugiados y solicitantes de asilo. Existen dos aspectos en los que este monográfico centra su atención: por un lado, el diseño del sistema educativo actual no permite la adaptación de este tipo de alumnado; por lo que el autor sugiere seguir la legislación nacional y que sean las Administraciones quienes se adecuen a las necesidades de los menores y no al revés. Destaca la necesidad de adaptar los programas a las impresiones y opiniones de las personas refugiadas, migrantes, sus familias y los líderes comunitarios, dentro del marco de los derechos humanos, evitando la segregación y maximizando la inclusión y el aprendizaje¹³⁰.

¹²⁷ José Fernández Echeverría y F. Javier García Castaño, del Instituto de Migraciones. Universidad de Granada, «El desarrollo normativo que regula las aulas escolares de nacionalidad extranjera», 2015 19 (2015).

¹²⁸ Centro de Investigación y Documentación Educativa (España), *La atención al alumnado inmigrante en el sistema educativo España*.

¹²⁹ Adrián Neubauer Esteban, «El derecho a la educación de los menores refugiados y solicitantes de asilo desde el enfoque basado en los derechos humanos: dificultades, finalidad e intervención educativa», *Revista Española de Educación Comparada*, n.º 35 (20 de diciembre de 2019): 70, <https://doi.org/10.5944/reec.35.2020.24342>.

¹³⁰ Sr. Vernor Muñoz, «El derecho a la educación de los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación», 16 de abril de 2010, 23.

Estas impresiones y conclusiones han sido apoyadas por la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras¹³¹ y la herramienta MIPEX (Migrant Integration Policy Index)¹³², las cuales reclama mayor inversión para atender a este perfil de alumnado específicamente en lo que se refiere al idioma y al apoyo emocional. También se recalca, en la línea de las conclusiones del estudio “*Educación para personas refugiadas: Modelos y Prácticas de integración en países de la OCDE*”¹³³, la necesidad de incorporar los alumnos solicitantes de asilo en los grupos ordinarios para maximizar el tiempo en el que puedan relacionarse e integrarse, para así acelerar el proceso de inclusión y aprendizaje. La OCDE incluso llegó a proponer que se incorporen traductores a las aulas, o en su defecto que los alumnos extranjeros sean incorporados a las clases de gimnasia, música, diseño, plástica, permitiendo así su socialización con el grupo ordinario y al mismo tiempo poder aprender, a su ritmo, en las asignaturas troncales.

Estas dificultades tienen su reflejo claro en los datos de abandono escolar de los menores. Mientras la tasa de abandono escolar de los alumnos nacidos en España es del 14,4%, el de los extranjeros es del 31,3%, más del doble. Acto seguido, se analizará la legislación relativa a este derecho básico, para poder estudiar si efectivamente se está respetando la normativa, lo que, tal como se ha señalado anteriormente, requiere inversión.

B) Legislación sobre el acceso a la educación, preescolar y obligatoria de los solicitantes de asilo.

En este caso, se hará un acercamiento al derecho a la educación, sin perder de vista que, en España, las competencias en educación están transferidas a las Comunidades Autónomas, reservándose el Estado las normas básicas sobre la ordenación general del sistema educativo, la regulación de las condiciones para la obtención de los títulos académicos y la fijación de los aspectos básicos del currículo.

La Ley Orgánica de extranjería¹³⁴, que tanto se ha mencionado en este trabajo, reconoce en su art. 9 el derecho y el deber a la educación gratuita de los extranjeros menores de dieciséis años, estableciendo asimismo que los mayores de edad podrán acceder a la enseñanza postobligatoria. Esta normativa, cumple así con el art. 27 de la Constitución,

¹³¹ «La situación educativa de los niños refugiados en España».

¹³³ OCDE, «Refugee education: Integration models and practices in OECD countries», OECD Education Working Papers, vol. 203, OECD Education Working Papers, 17 de mayo de 2019, <https://doi.org/10.1787/a3251a00-en>.

¹³⁴ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

el cual estipula que *“Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.”* Otro de los aspectos interesantes del artículo de la ley de extranjería, es el hecho de que los extranjeros (donde se incluye a los solicitantes de asilo), tienen acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles. Además, atribuye a los poderes públicos la responsabilidad de *“promover”* que los extranjeros puedan acceder a la educación *“para su mejor integración social”*, siguiendo el espíritu del art. 2 ter de la ley de extranjería.

Acercando el estudio a la legislación más específica sobre educación, es importante traer a colación dos normativas: (1) la Ley de Educación¹³⁵ y (2) el Real Decreto¹³⁶ que establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato. Por un lado, la Ley de Educación, atribuye a las Administraciones públicas la responsabilidad de favorecer la incorporación del alumnado en edad de escolarización obligatoria al sistema educativo, que se incorporen de forma tardía al sistema educativo español. Incluye el art. 78, que la inclusión en el sistema educativo se tiene que realizar *“atendiendo a sus circunstancias, conocimientos, edad e historial académico, de modo que se pueda incorporar al curso más adecuado a sus características y conocimientos previos, con los apoyos oportunos, y de esta forma continuar con aprovechamiento su educación”*. Tal como ya se ha relatado, los solicitantes de asilo pueden provenir de países no hispanohablantes, por lo que las Administraciones están llamadas a desarrollar programas específicos, tanto para que adquieran competencias lingüísticas, como conocimientos básicos de la cultura nacional, a fin de facilitar su integración, sin perjuicio de que sea necesario colmatar algunos déficits de conocimiento (art. 79). Considerando que para incorporarse en la educación obligatoria no hace falta que el Estado español reconozca los estudios previos realizados por los menores, el apoyo a través de los programas denominados *“aulas enlace”*, resulta esencial. En este sentido, la ley, es muy clara al afirmar que estos programas deberán desarrollarse en simultáneo a la escolarización de los demás alumnos, adecuándose al nivel y evolución de su aprendizaje. Asimismo, el art. 79.3, desarrolla la obligación de las Administraciones educativas de adoptar las medidas para que los progenitores sean informados sobre los derechos, deberes y oportunidades inherentes a la incorporación al sistema educativo de sus hijas e hijos.

¹³⁵ Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE)

¹³⁶ Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato.

Por último, el Real Decreto supra identificado, reitera parte del art. 78, dentro del espíritu de que las Administraciones favorezcan la inclusión de estos menores en el entorno escolar, teniendo en cuenta “*las circunstancias, conocimientos, edad e historial académico*” del menor extranjero. También incluye una peculiaridad, pues permite la escolarización de las niñas y niños en un curso inferior al que le correspondería por edad, si presentan un desfase de conocimientos de más de dos años. Esta norma tiene en cuenta el perjuicio que causa para la socialización de estos menores, estar en una clase con compañeros más pequeños, por lo que la escolarización en un año inferior debería ser una excepción, siendo la prioridad establecer medidas de refuerzo para compensar el desfase y que se puedan incorporar al curso correspondiente a su edad a la mayor brevedad posible.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, relativo a la legislación española sobre el derecho a la educación de extranjeros y consecuentemente de los solicitantes de asilo, se puede concluir que cumple con los estándares internacionales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 28 y 29), el Convenio Europeo de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 2), la Carta Social Europea de 1996 (art. 7) y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (objetivo 15 f) y 16). Además de cumplir con la normativa estrella sobre los derechos de los solicitantes de asilo y refugio, Convención sobre los Refugiados y su Protocolo de 1967 (art. 22)¹³⁷, la cual es muy similar, al art. 9 de la Ley de Extranjería antes comentado.

Breve mención la educación postobligatoria

Hasta ahora se ha expuesto la regulación nacional y la efectiva adecuación a la legislación internacional y humanitaria, referente a la educación obligatoria, sin perjuicio de que las competencias en educación se encuentran en gran parte descentralizadas. A continuación, se hará una breve mención a la educación postobligatoria.

En el supuesto de que el estudiante esté en posesión del documento acreditativo de la condición de solicitante de protección internacional, conocido comúnmente como "tarjeta

¹³⁷ “1. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el mismo trato que a los nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental.

2. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general respecto de la enseñanza distinta de la elemental y, en particular, respecto a acceso a los estudios, reconocimiento de certificados de estudios en el extranjero, exención de derechos y cargas y concesión de becas.”

roja", podrá matricularse en los estudios que desee de acuerdo con los requisitos establecidos y optar a determinadas becas. A este respecto, la Ley de Extranjería en la disposición trigésima-sexta desarrolla que *“será el Gobierno quien establecerá la normativa de acceso y admisión a la universidad del alumnado en posesión de un título, diploma o estudio equivalente al título de Bachiller, obtenido o realizado en sistemas educativos de países extranjeros”*, para ello se habrá de tener en cuenta si el título de Bachiller fue obtenido en un país con el cual España tiene algún protocolo de reciprocidad de reconocimiento académico o no. Aun así, en el caso poco probable de que los solicitantes cuenten con la documentación necesaria, que consigan superar los trámites de homologación del bachiller, deberán superar una prueba de acceso cuya estructura y calificación será establecida por el Gobierno teniendo en cuenta las características de este alumnado (según la ley). Asimismo, el Gobierno regulará el procedimiento de cálculo de la calificación para el acceso a la universidad para los alumnos mencionados en esta disposición. Por un lado, sobre el caso particular del proceso de homologación de los títulos, CEAR¹³⁸ concluyó que los plazos para los trámites, muy burocráticos y complejos, provocan que muchos solicitantes desistan del reconocimiento legal de su titulación, con la consiguiente pérdida del capital formativo y profesional acumulado en su país de origen. Por otro, la Red Europea de Migración, afirmó en su informe de 2015, *“Integración de los beneficiarios de protección internacional o humanitaria en el mercado de trabajo: políticas y buenas prácticas”* que:

“los beneficiarios del estatuto de refugiado y de protección subsidiaria reciben un trato más flexible por parte de las autoridades competentes a la hora de aportar determinada documentación de difícil acceso en el país de origen, en el marco de los procedimientos de homologación y equivalencia de las titulaciones. La medida de apoyo proporcionada por entidades especializadas, subvencionadas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria consiste en proporcionar asesoramiento sobre el procedimiento de homologación, apoyo para la traducción de documentación, coordinación/gestión con embajadas para la legalización de la titulación y el pago de tasas de homologación”.

Referente al acceso a la formación profesional, este dependerá del nivel de la formación profesional al que quieran acceder: la formación profesional de grado superior requiere haber aprobado el Bachillerato, lo que puede suponer tener de superar las pruebas libres

¹³⁸ *“Estudio de mercado laboral para personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional y análisis de impacto del programa de asilo fomento de la integración sociolaboral y trabajo en red”*, CEAR, 2019

establecidas por la Comunidad Autónoma correspondiente (art. 31.4 Ley Orgánica de Educación 2/2006); por otro lado, la formación profesional de grado medio exige haber completado la educación secundaria obligatoria.

Por último, desde 2009, España evalúa y acredita las competencias profesionales adquiridas mediante la experiencia laboral y la formación en ámbitos no formales, a través de la herramienta digital ACREDITA en el portal “*TodoFP*”. Este proceso de acreditación, previa evaluación, se realiza con base en criterios que garantizan la confianza, objetividad y el rigor técnico, utilizando como referencia el catálogo nacional de calificaciones profesionales. Este proceso, si es finalizado con éxito, permite la calificación de una formación profesional o un certificado de experiencia profesional¹³⁹ que puede ser de gran interés para los solicitantes de asilo por las posibilidades que abre de inclusión laboral.

Los datos y observaciones de expertos e instituciones especializadas llevan a concluir que, aunque la legislación nacional sí atribuye una serie de responsabilidades a las Administraciones, referentes a la integración de este alumnado y su aprendizaje en el sistema educativo español, siguiendo la extensa normativa internacional y de derechos humanos, en la realidad las Comunidades Autónomas no asumen la totalidad de dicha responsabilidad. Los recursos son limitados en lo que se refiere a la inversión en educación de niñas y niños migrantes, mermando el ejercicio de su derecho a la educación y, reduciéndolo a la mínima expresión de “acceso a la educación”¹⁴⁰. Merece así destacar que España se encuentra todavía desfasada en la aplicación de facto de la legislación que afecta a los solicitantes de asilo en materia de educación, respecto de los estándares internacionales y de derechos humanos.

2. Acceso a la Sanidad de los demandantes de asilo.

A) Dificultades que enfrentan los solicitantes de asilo en el acceso a la sanidad pública y gratuita, y sus consecuencias.

El último punto, antes de las conclusiones, tratará de analizar el acceso a la atención sanitaria de los solicitantes de asilo y protección internacional, el cual es un derecho

¹³⁹ Erasmus+, INCOMA, y RE. Inclusion, «Marco común del sistema de reconocimiento de títulos de estudio y calificaciones profesionales para los refugiados», 2016.

¹⁴⁰ Sr. Vernor Muñoz, «El derecho a la educación de los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación».

básico cuya normativa ha cambiado mucho en los últimos años y que en muchas ocasiones está siendo prestada por organizaciones sin ánimo de lucro¹⁴¹. La Constitución de la OMS de 1948, reconoció el derecho de todo ser humano a disfrutar del grado máximo de salud física y mental posible, y pese a que este derecho se ha desarrollado a través de diferentes normas y convenios internacionales de derechos humanos, dirigidos a la población inmigrante y refugiada, la realidad refleja que a menudo, carecen de acceso a los servicios de atención sanitaria y están económicamente desprotegidos en esta materia, especialmente los solicitantes de asilo¹⁴². Según la OMS, las barreras que enfrentan los refugiados y población migrante son: el elevado coste de los servicios; las diferencias idiomáticas y culturales; la discriminación; las trabas administrativas; la imposibilidad de participar en planes de seguro médico locales; o la falta de información sobre los derechos en materia de atención sanitaria¹⁴³.

a) Estado de salud de los solicitantes, retos culturales y de comunicación

Todas estas barreras dirigidas a obstaculizar el acceso a la salud de una población ya de por sí altamente vulnerable, tiene efectos negativos en su salud física y mental. Según la OMS, los solicitantes de asilo pueden verse expuestos a la violencia, en particular a la violencia de género y la violencia sexual, la prostitución forzada y a problemas relacionados con la salud sexual y reproductiva, la salud materno infantil, diabetes, enfermedades cardiovasculares, la salud mental y un largo etcétera¹⁴⁴. Aunque es importante matizar que los refugiados suelen llegar con un nivel de salud satisfactorio, porque solo aquellas/os que se encuentran en un buen estado de salud cuentan con las capacidades para realizar y sobrevivir al viaje, sufren un deterioro de su estado después de su llegada. Este menoscabo de su bienestar físico y mental está relacionado con los grandes retos que han vivido y se enfrentan cada día, específicamente por la falta de integración y de conocimiento de esta población por los servicios de salud.

Los solicitantes tienen necesidades sanitarias diferentes a las de los nacionales, incluso las enfermedades a las que han estado expuestos pueden ser desconocidas por los

¹⁴¹ Ainhoa Rodríguez-García-de-Cortázar et al., «Salud Pública (también) para las personas migrantes y refugiadas en Europa», *Gaceta Sanitaria* 32, n.º 2 (1 de marzo de 2018): 111-13, <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2017.05.005>.

¹⁴² National Information Exchange Model, «El mosaico de políticas de integración de los refugiados en Europa: el plan de acción de la UE sobre la integración y la inclusión como instrumento para solucionar las deficiencias», 2021.

¹⁴³ Organización Mundial de la Salud, «Promoción de la salud de los migrantes», 12 de diciembre de 2016.

¹⁴⁴ Organización Mundial de la Salud.

sanitarios¹⁴⁵. Asimismo, son vulnerables a enfermedades infecciosas, por la falta de vacunación en origen, como puede ser la tuberculosis o Chagas. La falta de acceso a la salud y a su tratamiento hace con que España sea uno de los países con mayor tasa infección de esta última enfermedad. Desde el punto de vista de la atención sanitaria a las mujeres, la falta de seguimiento aumenta los riesgos durante el embarazo y durante el parto, problemas relacionados con la exposición a todo tipo de violencia, a parte de las gravísimas consecuencias que puede tener en la salud pública, la falta de tratamiento de personas con enfermedades de transmisión sexual, como puede ser el VIH¹⁴⁶. La falta de atención médica y de prevención, no quiere decir que haya una relación entre esta población y brotes de enfermedades infecciosas, pues normalmente estos brotes se asocian más a las condiciones de los entornos de llegada o durante el trayecto, además de las dificultades para poder mantener un tratamiento médico en el territorio de acogida y las condiciones de vida deficientes que empeoran una posible enfermedad, o incluso un buen estado de salud^{147 148}. Consecuentemente, España es el 4º país de la UE con una mayor tasa de mortalidad por enfermedades infecciosas, principalmente por la tuberculosis y el VIH. Por otro lado, existen grandes diferencias lingüísticas y culturales que disminuyen la efectividad del servicio de atención sanitaria, al tiempo que aumentan los diagnósticos y tratamientos inadecuados, por el obstáculo de la comunicación^{149 150}
151.

b) Barreras burocráticas

Sumergiendo el análisis en las complejas barreras burocráticas antes mencionadas. En España, la atención sanitaria es gestionada por las Comunidades Autónomas, habiendo siempre una disparidad entre ellas mismas y en comparación con el objetivo que persigue la legislación estatal, sobre todo si son gobernadas por signos políticos diferentes. Esta situación da lugar a 17 sistemas sanitarios con diferentes grados de cobertura y los cuales exigen los requisitos de entrada que, cada una, estima pertinente¹⁵². En términos genéricos, la mayoría de las comunidades exigen una estancia mínima de 3 meses en

¹⁴⁵ Nahema El Ghaziri et al., «Medical Facilities for Refugees in Europe: Creating a Consultation for Resettled Syrian Families», *Frontiers in Medicine* 8 (2021), <https://www.frontiersin.org/article/10.3389/fmed.2021.728878>.

¹⁴⁶ CIBERESP Subprogram on Migration and Health, «Migration and Health in Spain», diciembre de 2016.

¹⁴⁷ Rodríguez-García-de-Cortázar et al., «Salud Pública (también) para las personas migrantes y refugiadas en Europa».

¹⁴⁸ Organización Mundial de la Salud, «Informe sobre la salud de los refugiados e inmigrantes en la Región Europea de la OMS», 2018.

¹⁴⁹ CIBERESP Subprogram on Migration and Health, «Migration and Health in Spain».

¹⁵⁰ Rodríguez-García-de-Cortázar et al., «Salud Pública (también) para las personas migrantes y refugiadas en Europa».

¹⁵¹ Organización Mundial de la Salud, «Informe sobre la salud de los refugiados e inmigrantes en la Región Europea de la OMS».

¹⁵² REDER, Red de Denuncia y Resistencia al RDL 12/2012, «No dejar a nadie atrás. La urgencia de garantizar la sanidad universal».

España para poder acceder a la sanidad, en algunos casos se exige estar empadronado durante 3 meses y otras simplemente hay que probar la residencia durante este tiempo¹⁵³. Igualmente, deberán acreditar que efectivamente se trata de una persona solicitante de asilo. En algunas comunidades se solicita la “Tarjeta Blanca”, que es el documento que les entregan a los solicitantes en el momento que interponen la solicitud de asilo, y en otras, como es el caso de Madrid¹⁵⁴, Ceuta y Melilla¹⁵⁵, exigen la “tarjeta roja” / Documento acreditativo de la solicitud de protección internacional en vigor, por lo que aumentan el tiempo de estancia en territorio a un total de 6 meses¹⁵⁶. Durante los 3 meses sin tarjeta sanitaria, en algunas comunidades, o los 6 meses, en otras, es importante destacar que además ni en todas las autonomías tienen acceso a la atención urgente gratuita, como es el caso de Madrid, Ceuta y Melilla¹⁵⁷, donde al finalizar la atención emiten una factura¹⁵⁸ o los derivan al sector privado¹⁵⁹. Asimismo, en Ceuta y Melilla, el hospital solicita la cooperación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para que “identifiquen” a la persona inmigrante en situación irregular¹⁶⁰, con el objetivo de asegurarse que abonará la factura¹⁶¹, cooperación que también se intentó implementar en Andalucía¹⁶². Incluso se han registrado, recientemente, en varias CCAA, facturas emitidas a menores de edad y embarazadas amparándose en la regulación actual¹⁶³. Sin embargo, en la segunda comunidad con mayor número de solicitantes, como es Cataluña (art. 3 Ley de Salud catalana), o en la tercera, Andalucía (art. 3.3 Ley de Salud andaluza) sí que reconocen el derecho a la atención médica urgente. Asimismo, las respectivas Consejerías de Sanidad solo exigen la “Tarjeta Blanca” o el comprobante de la solicitud para acceder a la tarjeta sanitaria (TSI), por lo que suprimen los plazos previos que, sí exigen otras comunidades, además de estar siempre garantizada la atención urgente

¹⁵³ Pablo Iglesias Rionda, «La exclusión sanitaria persiste en España», accedido 15 de enero de 2022, https://reder162012.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=309:la-exclusion-sanitaria-persiste-en-espana&Itemid=762.

¹⁵⁴ «Solicitud (DASPI) | Comunidad de Madrid», accedido 15 de enero de 2022, <https://tramita.comunidad.madrid/prestacion-social/solicitud-daspi>.

¹⁵⁵ Anexo V: Email INGESA (Ceuta y Melilla)

¹⁵⁶ En el caso de Cataluña es suficiente con presentar la tarjeta blanca, sin embargo, debe tener 6 meses de validez.

¹⁵⁷ Anexo V: Email INGESA (Ceuta y Melilla)

¹⁵⁸ Anexo IV: informe elaborado por ACCEM para este trabajo sobre la atención sanitaria a personas solicitantes de asilo y protección internacional.

¹⁵⁹ Gabriela Sánchez, «El Hospital de Getafe ordena a sus médicos enviar a “centros privados” a extranjeros sin tarjeta para que “abonen la atención”», *ElDiario.es*, 18 de noviembre de 2021, https://www.eldiario.es/desalambre/hospital-getafe-ordena-medicos-enviar-centros-privados-extranjeros-tarjeta-paguen-atencion_1_8501620.html.

¹⁶⁰ Conviene recordar que las personas solicitantes de asilo, que deciden recurrir, y se les deniega la suspensión de los efectos de la denegación, son consideradas como inmigrantes en situación irregular.

¹⁶¹ Gabriela Sánchez Testa Gonzalo, «Los hospitales de Ceuta y Melilla avisan a la Policía para “identificar” a migrantes que no tienen documentación ni tarjeta sanitaria», *ElDiario.es*, 6 de junio de 2021, https://www.eldiario.es/desalambre/hospitales-ceuta-melilla-avisan-policia-identificar-migrantes-no-documentacion-tarjeta-sanitaria_1_8005271.html.

¹⁶² Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, «Expertos de la semFYC recuerdan a la Junta de Andalucía que ceder los datos de migrantes en situación irregular podría vulnerar la Ley de Sanidad Universal», *semFYC* (blog), 13 de noviembre de 2019, <https://www.semfyec.es>.

¹⁶³ REDER, Red de Denuncia y Resistencia al RDL 12/2012, «No dejar a nadie atrás. La urgencia de garantizar la sanidad universal».

gratuita¹⁶⁴. Estas enormes dificultades, que se mantienen en el resto de CCAA, son iguales para cualquier solicitante, independientemente de su estado de salud. A pesar de que Sanidad publicó una resolución, recordando a las Comunidades que la ley de sanidad universal admite la posibilidad de aportar un informe social de necesidad elaborado por una trabajadora social del centro de salud, por Servicios Sociales o alguna ONG¹⁶⁵, esta alternativa no parece coincidir con las instrucciones recibidas por algunos Centros de Salud, dejando a mujeres embarazadas, personas con dolencias crónicas y niños sin cobertura sanitaria gratuita, durante 3 o 6 meses. Incluso, en época de pandemia, como es la del COVID, existen serias dificultades para vacunar a personas sin tarjeta sanitaria en CCAA como Madrid, situación que viven los solicitantes de asilo en los primeros meses de estancia en España¹⁶⁶.

Por último, estas barreras burocráticas que crean las CCAA, como son los plazos para el acceso a la atención sanitaria, están en contra de la posición e interpretación legislativa del Ministerio de Sanidad. Este Ministerio, al analizar la legislación actual sobre este asunto considera que *“las personas extranjeras solicitantes de asilo tienen derecho a la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud con cargo a los fondos públicos desde el momento en que presentan la solicitud de protección internacional y la Comisaría General de Extranjería y Fronteras les expide como documento acreditativo el resguardo de presentación de solicitud de la condición de solicitante de protección internacional (tarjeta blanca)”*. Por un lado, el Ministerio de Sanidad considera que no se deben establecer plazos en el acceso a la sanidad de los solicitantes, ni de tres meses como sí se exige a inmigrantes en situación regular o irregular, ni de 6 meses como exige Madrid al establecer como requisito la presentación de la “Tarjeta Roja”. Por otro lado, el mismo Ministerio recuerda que las Oficinas de Asilo y Refugio (OAR), Oficinas de Extranjeros, Comisarías de Policía autorizadas y Centros de Internamiento de Extranjeros están expidiendo un documento denominado “Manifestación de voluntad de presentar solicitud de protección internacional” que acredita al extranjero la intención de presentar solicitud de protección internacional hasta que pueda ser citado, documento *“igualmente válido para recibir asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos ya que se entiende*

¹⁶⁴ Anexo I: Emails con la Consejería de Sanidad Catalana

¹⁶⁵ Yo sí sanidad universal, «Atención sanitaria a personas solicitantes de asilo», accedido 15 de enero de 2022, <https://yosisanidaduniversal.net/que-puedo-hacer/si-soy-solicitante-de-asilo>.

¹⁶⁶ Yo sí sanidad universal, «Vacuna covid madrid», accedido 15 de enero de 2022, <https://yosisanidaduniversal.net/materiales/exclusion-sermas/vacunacion-en-la-comunidad-de-madrid>.

que si la Administración no puede realizar este trámite en tiempo y forma no puede ir en perjuicio del ciudadano extranjero”¹⁶⁷.

c) Los costes de la falta de atención médica

Las barreras para acceder a la atención primaria encarecen el servicio de la atención urgente, ya de por sí más cara, pero también con mayores costes humanos. En este sentido, un abogado de la Fundación Melilla Acoge, en una entrevista en noviembre de 2021, informó que a las mujeres embarazadas se les negaban, en la región, las consultas obstétricas durante el embarazo, porque no era considerada atención urgente. Sin embargo, cuando rompían aguas, se dirigían a las urgencias y eran atendidas de manera gratuita. Esta falta de atención sanitaria previa suele dar lugar a una tasa de mortalidad materno-infantil muy por encima de lo que se podría esperar de un país como España. A raíz de la presión de los profesionales sanitarios y la visibilidad de los casos, empezaron a aceptar en Melilla, la atención obstétrica continuada de las mujeres embarazadas y hasta un mes después del parto. Sorprende la decisión de la Administración de no vacunar a los bebés, porque tampoco es considerado un servicio sanitario urgente. Estas decisiones resultan ser de elevado riesgo. De hecho, España, Italia y Alemania se encuentran a la cabeza de los países con mayor riesgo de contraer enfermedades prevenibles por la vacunación de los menores¹⁶⁸.

Por todo ello, los obstáculos legales y burocráticos de acceso, la formación de los profesionales sanitarios (en temas de salud mundial y habilidades interculturales) y las dificultades idiomáticas, son 3 grandes barreras que tienen un elevado coste humano y económico por parte del Estado, por ello deben ser superadas por el propio sistema nacional de salud, aunque actualmente esta responsabilidad está recayendo en los/las usuarios/as^{169 170 171}. Estos retos, que tienen graves consecuencias en la vida de los solicitantes, se añaden a la falta de herramientas del sistema nacional de salud para acercarse a este colectivo, sensibilizarlos y educarlos en aspectos relacionados con la prevención de enfermedades y en los tratamientos, mejorando el bienestar de este grupo social¹⁷². En relación con la cercanía del sistema de salud y los solicitantes, un Informe

¹⁶⁷ Anexo II: Email Ministerio de Sanidad

¹⁶⁸ Organización Mundial de la Salud, «Informe sobre la salud de los refugiados e inmigrantes en la Región Europea de la OMS».

¹⁶⁹ El Ghaziri et al., «Medical Facilities for Refugees in Europe».

¹⁷⁰ CIBERESP Subprogram on Migration and Health, «Migration and Health in Spain».

¹⁷¹ Rodríguez-García-de-Cortázar et al., «Salud Pública (también) para las personas migrantes y refugiadas en Europa».

¹⁷² CIBERESP Subprogram on Migration and Health, «Migration and Health in Spain».

sobre la salud de los refugiados publicado por la OMS, señaló que, en España, las mujeres tenían grandes reticencias a la hora de pedir ayuda médica por el miedo a la policía, a la deportación o al coste económico del tratamiento¹⁷³.

Al mismo tiempo, existe la falsa concepción que los inmigrantes en general, en los que se incluyen los solicitantes, realizan un uso injustificado y excesivo de los cuidados que ofrece el SNS^{174 175}. Sin embargo, el Centro de Investigación Biomédica en Red, llegó a la conclusión que la frecuencia de asistencia médica primaria de nacionales e inmigrantes es similar, aunque, estos últimos, acuden con mayor frecuencia a los servicios de urgencia¹⁷⁶. Este dato trae causa de la falta de prevención, al no poder atajar los problemas de salud cuando surgen. Lamentablemente, esto aumenta la posibilidad de agravamiento de la patología, con el consecuente coste económico y humano para la Administración. Como elemento agravante, cabe recordar que los solicitantes tienen empleos precarios y de baja calidad, como es la construcción, la agricultura o en el servicio doméstico, en los que la falta de prevención de riesgos laborales a menudo les conduce a pedir ayuda médica¹⁷⁷.

Esta reflexión, sobre los costes que tiene para el Estado los problemas de acceso a la sanidad pública de la población refugiada, ya han sido abordados por el Plan de Acción Europeo para la Integración e Inclusión¹⁷⁸. Este plan alienta a los Estados a proporcionar formación al personal sanitario sobre las necesidades de los inmigrantes, especialmente de los solicitantes de asilo por los traumas que han vivido en su país de origen. También señala la necesidad de facilitar el acceso a los servicios sanitarios generales (salud física y mental). Aunque el National Information Exchange Model, mostró en su estudio de 2021, que la mayoría de los países no desarrollaron políticas públicas ni legislación para solucionar este déficit¹⁷⁹. La misma institución pone en evidencia que en general, si bien la asistencia sanitaria legalmente está garantizada en la UE, la mayoría de los países ponen barreras administrativas, como largos periodos de espera o decisiones discrecionales de resultado incierto, para obtener la asistencia sanitaria. Por último, en su informe *“El mosaico de políticas de integración de los refugiados en Europa: el plan de acción de la*

¹⁷³ Organización Mundial de la Salud, «Informe sobre la salud de los refugiados e inmigrantes en la Región Europea de la OMS».

¹⁷⁴ Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, «Expertos de la semFYC recuerdan a la Junta de Andalucía que ceder los datos de migrantes en situación irregular podría vulnerar la Ley de Sanidad Universal».

¹⁷⁵ CIBERESP Subprogram on Migration and Health, «Migration and Health in Spain».

¹⁷⁶ CIBERESP Subprogram on Migration and Health.

¹⁷⁷ CIBERESP Subprogram on Migration and Health.

¹⁷⁸ National Information Exchange Model, «El mosaico de políticas de integración de los refugiados en Europa: el plan de acción de la UE sobre la integración y la inclusión como instrumento para solucionar las deficiencias».

¹⁷⁹ National Information Exchange Model.

UE sobre la integración y la inclusión como instrumento para solucionar las deficiencias”, llama la atención sobre la necesidad de crear herramientas que permitan evaluar y controlar el acceso real y efectivo de los inmigrantes a la sanidad pública gratuita¹⁸⁰. Los refugiados y solicitantes de asilo, en la mayoría de las ocasiones son incluidos en las estadísticas como inmigrantes, a pesar de que varias instituciones reconocen la importancia de desagregar estos datos, por las enormes diferencias legislativas y sociales que este grupo experimenta, de por sí mucho más vulnerable. Por último, la opacidad en la normativa autonómica hace excesivamente complejo que los solicitantes se puedan defender frente a decisiones arbitrarias o vulneraciones de sus derechos.

B) Legislación nacional, europea e internacional sobre el derecho a la atención sanitaria.

En relación con la normativa, se abordará la legislación sobre esta materia, en su dimensión nacional, europea e internacional, pues son las únicas accesibles en el marco de este trabajo, al tener rango de ley, reglamento o convenio. Desgraciadamente, la normativa autonómica, que este trabajo intentó analizar, principalmente las referidas a las tres comunidades autónomas que registran más solicitantes, como son Madrid, Cataluña y Andalucía, ha resultado muy complejo poder acceder a normativa concreta, llegando a conocer que, en el caso de la Comunidad de Madrid y Andalucía, esta cuestión se aborda con circulares internas, en el caso de Madrid, e instrucciones y órdenes de servicio en el caso de Andalucía, a las cuales es muy difícil tener acceso¹⁸¹.

La necesidad de desarrollo de la normativa, sobre el derecho a la atención sanitaria de los solicitantes, está recogida en la disposición adicional cuarta de la Ley 12/2009 de asilo, derivada de las competencias ya adquiridas por las CCAA en materia sanitaria, educación y servicios sociales. Asimismo, en la misma Ley de asilo y protección subsidiaria, en sus artículos 16 y 18, recoge el derecho de los solicitantes a la atención sanitaria. Específicamente el art. 16, determina el inicio del derecho a la atención médica desde la formalización de la solicitud hasta el fin de la tramitación del procedimiento, lo que puede llevar a pensar que el solicitante no tendría acceso a la sanidad durante el recurso contencioso. Esta atención sanitaria se rige por la legislación española en esta materia,

¹⁸⁰ National Information Exchange Model.

¹⁸¹ REDER, Red de Denuncia y Resistencia al RDL 12/2012, «No dejar a nadie atrás. La urgencia de garantizar la sanidad universal».

recuerda este artículo. También el Reglamento de desarrollo de la ley de asilo, en el art. 15.1 determina que una vez admitida a trámite la solicitud de asilo, y siempre que carezcan de medios económicos, pueden beneficiarse de servicios sociales, educativos y sanitarios. Es importante llamar la atención que el reglamento cambia el momento de inicio del acceso a la sanidad, pues la ley (art. 16) recogía el derecho desde la formalización de la solicitud y el reglamento retrasa hasta la admisión a trámite. Respecto a los menores, el artículo 47 atribuye el derecho a los menores solicitantes que hayan sido víctimas de abuso, negligencia, explotación, tortura, trato cruel, inhumano, o degradante, o que hayan sido víctimas de conflictos armados, a recibir asistencia médica y psicológica.

Aparentemente, la legislación referente a los solicitantes de asilo es relativamente garantista, aunque no aborda los procedimientos específicos, pues estos son competencia de las CCAA. Eso sí, establece que tienen derecho a la atención sanitaria desde la formalización de la solicitud. Es sustancial recordar que, aunque durante el recurso contencioso, la legislación no recoge que tengan derecho a la atención sanitaria como solicitantes, el Ministerio de Sanidad considera que el derecho a la prestación sanitaria se extiende hasta la notificación de la sentencia. La mayor desprotección ocurre en los primeros meses en España, en los cuales no tienen derecho a la tarjeta sanitaria.

Este periodo de absoluta desprotección en muchas CCAA, que a juicio del Defensor del Pueblo surge de una mala interpretación de la legislación, sucede por las siguientes razones:

- En abril del año 2012, el gobierno del Partido Popular aprueba el Real Decreto-ley 16/2012¹⁸², el cual restringió y en muchos casos expulsó del SNS a muchos inmigrantes. Por un lado, el art. 3 ter. establecía el derecho a la asistencia sanitaria en situaciones especiales a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, en casos de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica, de asistencia al embarazo, parto y postparto. Además, los extranjeros menores tenían derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Por otro lado, la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1192/2012¹⁸³ y el Real Decreto 576/2013, desarrollaron la normativa anterior, regularon que los solicitantes de

¹⁸² Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones

¹⁸³ Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

asilo, mientras España autorizase su residencia por esta situación, tendrían derecho a los cuidados de urgencia y tratamiento básico¹⁸⁴.

- En julio del año 2018, el gobierno del Partido Socialista aprueba el Real Decreto-Ley 7/2018¹⁸⁵, con el objetivo de universalizar el acceso a la atención sanitaria, busca reformar las leyes aprobadas por el ejecutivo anterior, volviendo a reconocer el derecho a la sanidad a todos los españoles y residentes, independientemente de su situación administrativa (art.3 y 3 ter), obviando a su vez la atención urgente a los solicitantes de asilo. El problema surge en la interpretación de la palabra “residente”, que está recogida en el art. 31 de la ley de extranjería, que establece un periodo mínimo de 90 días en territorio para ser, por lo menos, residente temporal.

La ley del 2018, al obviar las excepciones que sí recogía el art. 3 ter de la ley del 2012, y al mismo tiempo al no reconocer específicamente la atención a personas solicitantes de asilo y protección internacional, dio lugar a una confusión técnica que ha permitido una gran discrecionalidad por parte de las CCAA. Sin embargo, el Defensor del Pueblo¹⁸⁶, aunque reconoce las graves consecuencias que esta regulación confusa está causando, sobre todo en Galicia y en Madrid, según su interpretación, la legislación actual sí reconoce el derecho a la atención sanitaria urgente, atención médica durante el embarazo, parto y postparto, y a los menores, y todas las excepciones recogidas por la ley del 2012. Siendo la legislación actual más amplia, porque incluye a los inmigrantes en situación administrativa irregular, establece un plazo de 3 meses para cualquier tipo de atención sanitaria, no garantizando, de manera expresa, la atención urgente, por lo que las personas especialmente vulnerables, como son los solicitantes de asilo tardan meses en poder recibir ayuda, comprometiendo su bienestar y en algunos casos su supervivencia.

Según el análisis de la regulación nacional, ha sido posible observar las lagunas que esta legislación tiene, dando lugar en su aplicación a situaciones de vulneración de derechos humanos. Una legislación autonómica, clara y específica sobre la materia haría

¹⁸⁴ **Art. 8 bis de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.** 1. La cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública. 2. La prestación de estos servicios se hará de forma que se garantice la continuidad asistencial, bajo un enfoque multidisciplinar, centrado en el paciente, garantizando la máxima calidad y seguridad en su prestación, así como las condiciones de accesibilidad y equidad para toda la población cubierta.

¹⁸⁵ Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud

¹⁸⁶ Defensor del Pueblo, «Asistencia sanitaria universal | Defensor del Pueblo», accedido 16 de enero de 2022, <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/asistencia-sanitaria-universal/>.

imprescindible contemplar los recursos necesarios para su correcta aplicación en los presupuestos de cada región.

2.1. Legislación europea e internacional

La Directiva 2012/33/UE, en el art. 17, establece, por un lado, que los Estados tienen la responsabilidad de garantizar la subsistencia y la protección de la salud física y psíquica de los solicitantes y por otro, que los Estados *“podrán conceder todas o algunas de las condiciones materiales de atención sanitaria a los solicitantes que carezcan de medios suficientes”*. También regula, y es muy importante porque en España no se cumple en todos los territorios, en el art. 19 que los Estados deberán dar acceso *“como mínimo, los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de enfermedades o trastornos psíquicos graves”*, además de proporcionar la atención, médica o de otro tipo, *“a los solicitantes con necesidades particulares, incluida una atención sanitaria psíquica adecuada, cuando sea preciso”*.

Queda claro que la Directiva Europea es vaga, ya que reconoce la obligación de proteger la salud física y psicológica de los solicitantes (tratamiento básico y urgente), pero sorpresivamente establece como algo discrecional, la concesión del derecho a la atención sanitaria. Cabe entrever que no se desea comprometer los servicios que los usuarios no se encuentren en situación de pagar.

También en la Carta Social Europea de 1996, en sus artículos 11 y 14, los Estados se comprometieron a garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, como, por ejemplo, *“eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente”* o *“prevenir, en lo posible, las enfermedades epidérmicas, endémicas y otras”*.

En el ámbito de la legislación internacional humanitaria, el *“Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular”*¹⁸⁷, en su objetivo 15, desarrolla la obligación de incorporar las necesidades sanitarias de los migrantes en las políticas y planes de salud nacionales y locales, con el objetivo de promover la salud física y mental de los mismos y de las comunidades en general.

Asimismo, el *“Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”*, y la *“Convención sobre los Derechos del Niño”*, aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989 no se quedan atrás, pues los Estados firmantes, entre ellos España, reconocen el derecho al disfrute del más alto nivel posible

¹⁸⁷ https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf

de salud y servicios para el tratamiento de enfermedades, siendo la responsabilidad de los Estados velar por este derecho.

Si bien es cierto que a nivel internacional los Estados han firmado compromisos que dejan antever una cobertura sanitaria solidaria y de acceso universal para estas personas, a nivel europeo, la UE no ha asumido el compromiso de manera tan clara a través de la Directiva 2012/33/UE, que contempla la opción de tan solo ofrecer a este colectivo, algunas de las condiciones de atención sanitaria. Sin embargo, obliga a los Estados a garantizar atención médica urgente y atención básica a solicitantes con enfermedades (físicas o psíquicas) graves, dos aspectos fundamentales que no se cumplen en todos los territorios españoles, durante sus primeros meses en España. Sin embargo, la interpretación del Ministerio de Sanidad de la legislación actual sí es protectora y garantista, al indicar que las CCAA que establecen barreras burocráticas vulneran la legislación nacional. La Administración del Estado, al considerar que los solicitantes tienen derecho a la atención sanitaria desde el momento de la solicitud, y actualmente por la pandemia, desde que hayan manifestado su voluntad de presentar la solicitud de protección internacional, cumple así con la legislación y los estándares internacionales, aunque, no obliga a cumplirlos a las Administraciones de las CCAA.

Conclusiones

Para diseñar una agenda pública que se traduzca en una institucionalidad soporte de políticas públicas y legislación dirigida a la atención de necesidades, demandas y derechos de las personas solicitantes de asilo, es importante tener en consideración los siguientes hallazgos, reflexiones y recomendaciones que emanan del análisis descrito anteriormente. En este sentido, en cada uno de los 3 temas analizados (empleo, educación y salud) se verificará si existen aspectos de mejora en la legislación aplicable, o en las garantías que se deberían asegurar, en su aplicación.

A) Derecho al Empleo

El empleo vincula a las personas con la sociedad y la economía en las que viven. El acceso a un trabajo seguro, productivo y remunerado de manera justa — asalariado o por cuenta propia — es fundamental para la autonomía económica de las personas y las familias, que les afirma su sentimiento de pertenencia a la comunidad de acogida, y les permite hacer

una contribución productiva. En materia de empleo, se puede concluir que los puestos de trabajo a los que acceden las personas solicitantes de asilo en edad de trabajar son precarios, temporales y sin garantías laborales por las dificultades que tienen para conseguir un contrato de trabajo. A la dificultad inherente al dominio del idioma para los grupos que no son hispanohablantes, se suman otros obstáculos como la dificultad para cambiar de provincia sin perder ayudas sociales, contar con un carné de conducir, que de por sí, incrementa significativamente la empleabilidad de estas personas en un sector tan proclive a contratar inmigrantes como es la logística, o abrir una cuenta bancaria, entre otros.

La legislación nacional al regular el derecho al empleo de los solicitantes de asilo de manera inestable y discontinua, exigiendo que el permiso sea renovado cada 6 meses, se percibe como una barrera para muchos empleadores, que, aun disponiéndose a contratar a estas personas, no consiguen rentabilizar los costes asociados al proceso de formación y adaptación de estos trabajadores. La Declaración de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Directiva 33/2013 recogen el derecho al empleo en condiciones de igualdad y atribuyen la responsabilidad de garantizarlo a los Estados. Sin embargo, las condiciones impuestas crean tal inestabilidad en la vida laboral de los solicitantes, que generan una realidad que está muy lejos de los estándares que diseñan estos instrumentos normativos.

Específicamente, es posible afirmar que la legislación internacional y europea han conseguido generar una red legislativa que permite el acceso al empleo durante el proceso administrativo, aunque no vela por un acceso en condiciones de igualdad (art. 14 Ley de extranjería). Esto es debido a la insuficiencia de recursos facilitadores de la inserción sociolaboral, relacionadas con las dificultades antes mencionadas. Asimismo, parece razonable afirmar que la exigencia de la renovación del permiso laboral en periodos de 6 meses compromete el acceso a otros derechos básicos como la vivienda, por lo que no sería inadecuado reflexionar sobre su derogación, estableciendo un periodo único aplicable, hasta la notificación de la resolución administrativa, o en su caso, a la sentencia del recurso contencioso.

Respecto de la etapa del recurso contencioso, que es la fase de mayor vulnerabilidad en lo que respecta al empleo cabe señalar lo siguiente:

Por un lado, la Directiva 33/2013 y el Reglamento de Aplicación de la Ley de asilo, recogen la suspensión de los efectos de la denegación, a través de la concesión de las medidas cautelares, para poder prolongar el permiso de trabajo y de estancia en el país.

Sin embargo, en la realidad, a pesar de que se solicitan en sendas ocasiones, las medidas cautelares son muy frecuentemente desestimadas y, por lo tanto, la suspensión de sus efectos denegada. A partir de este momento, aunque el Reglamento de desarrollo de la ley de asilo recoja su derecho al recurso, pero no el derecho al permiso de trabajo durante este periodo, los solicitantes pueden enfrentarse a una orden de expulsión en cualquier momento, lo que deja sin fundamento el objetivo del recurso, al ser obligado a volver a su país de origen o en alternativa trabajar de forma irregular para poder sobrevivir en el país de acogida.

Si analizamos la jurisprudencia sobre la suspensión de los efectos de la denegación, son varias las sentencias que admiten que el riesgo para la integridad física de los solicitantes, si regresan a su país de origen, es muy superior al peligro aparente para los intereses públicos o generales. En este sentido, el TS fue muy directo al afirmar que se debe dar prevalencia al interés particular de permanecer en España, hasta que se resuelva el recurso, además de resaltar la importancia de que los tribunales eviten las argumentaciones genéricas que impiden realizar un juicio de relevancia. Por todo ello, el TS consideró que se debe justificar, indiciariamente, los perjuicios, irreparables o de difícil reparación, que se derivarían en el caso de tener que volver a su país, antes de la conclusión del recurso contencioso. La jurisprudencia nacional no admite una suspensión automática, pero reduce considerablemente la carga de la prueba del solicitante poniendo como prioridad la protección de sus derechos, frente a la hipotética lesión de los intereses públicos o generales que la suspensión de los efectos de la denegación pudiera tener.

A pesar de la jurisprudencia del TS, algo más protectora, que las sentencias de la AN sobre esta materia, el TJUE consideró que el derecho a un recurso efectivo está íntimamente ligado a la suspensión de pleno Derecho de los efectos de la denegación, durante al menos, una instancia judicial. Siendo así, el TJUE continúa afirmando que compete a los Estados garantizar la plena eficacia del recurso, y no la simple existencia de este. Incluso llega a añadir que el nacional de un tercer país, a quien le haya sido denegada la solicitud de asilo/protección internacional, sigue disfrutando, en virtud del art. 3.1 de la Directiva 33/2013, en relación con el artículo 2, letra b), de las condiciones de acogida recogidas en dicha Directiva, de manera incondicional. Asimismo, este tribunal recordó a Hungría, tal como recordó a España¹⁸⁸, que supeditar a requisitos

¹⁸⁸ En el asunto A.C. y otros c. España: *“la efectividad implica unas exigencias en términos de calidad, de rapidez y de efecto suspensivo, habida cuenta, especialmente, de la importancia que el TEDH concede al artículo 3 y de la naturaleza irreversible del daño susceptible de ser causado en caso de consumación del riesgo de tortura o de malos tratos”*.

contrarios al derecho de la UE, la permanencia en el territorio de acogida por los solicitantes de asilo es contrario a la legislación. Al mismo tiempo, la jurisprudencia del TEDH fue muy directa cuando afirmó que el interesado debe tener acceso a un recurso con efecto suspensivo automático, por ser la única forma de garantizar el acceso a un recurso efectivo y evitar el grave riesgo de devolución. La automaticidad de la suspensión no ha sido admitida por el TS, a pesar de acercarse con su argumentación al objetivo establecido por el TEDH, al superponer la protección individual del solicitante frente al interés general y reducir la carga de la prueba a meros indicios. Este tribunal europeo, también ha llamado la atención a los países sobre la necesidad de que los organismos estatales no creen obstáculos injustificados y la importancia de que la suspensión de los efectos de la denegación no sea un asunto accesorio, pues garantiza el derecho efectivo al recurso.

Se puede concluir que, la legislación está lejos de los estándares impuestos por el TEDH, el cual es mucho más protector y realiza una interpretación de la Directiva 33/2013 que permite garantizar el derecho fundamental a un recurso, esto evitaría los obstáculos y las barreras que impone el Estado al no permitir la estancia ni el empleo de las personas solicitantes durante el recurso. La legislación carece de precisión cuando permite la suspensión de los efectos, al no establecer los requisitos y al mismo tiempo es muy clara, al imponer la necesidad de la suspensión, como requisito esencial e infranqueable para el acceso al empleo.

Por todo ello, se configuran al menos dos posibilidades: (1) la legislación se modifica en aras a garantizar el derecho a un recurso efectivo tal y como exige el TEDH, decretando de este modo la suspensión automática de los efectos de la denegación con la entrada del recurso; (2) la jurisprudencia nacional, se acoge y aplica de forma efectiva la jurisprudencia europea y humanitaria. Independientemente de la posibilidad de modificar la legislación, los tribunales nacionales están obligados a seguir la jurisprudencia de tribunales superiores, como es el TJUE o el TEDH, obligación que actualmente la AN no parece estar cumpliendo.

Teniendo en cuenta que la única opción que tienen los solicitantes de asilo, mientras se resuelve el recurso, es trabajar de manera irregular, es importante recordar que este hecho tiene consecuencias tanto para empleadores como para estos trabajadores. Los empleadores enfrentan sanciones como puede ser la multa, la pena de prisión, la clausura del local, la exclusión del derecho a recibir prestaciones, ayudas o subvenciones, o incluso la devolución de alguna de ellas. Estas sanciones se agravan, para los empleadores, en

caso de explotación laboral o trata, protegiendo, por otro lado, al solicitante que haya sido víctima o testigo, siempre y cuando coopere con las autoridades, otorgándole un permiso de residencia mientras se sustancia el procedimiento.

Por otro lado, los solicitantes pueden enfrentarse a la expulsión del país de acogida, aunque la legislación también admite la imposición de una multa. Desde el punto de vista de la jurisprudencia, las consecuencias por trabajar sin contar con el permiso administrativo han ido evolucionando. Actualmente, siempre y cuando no haya circunstancias agravantes, prevalece el juicio de proporcionalidad, siendo contrario a la legislación decretar la expulsión automática. La jurisprudencia ha admitido la expulsión, exclusivamente en el caso en el que el solicitante no cuente con ninguna documentación, el permiso de residencia lo haya obtenido de forma fraudulenta, presente una nacionalidad falsa, tenga prohibida la entrada en territorio nacional o haya incumplido una salida obligatoria. Sin embargo, la Instrucción 11/2020, incluye como circunstancia que puede suponer la expulsión “*Imposibilidad de comprobar cómo y cuando entró en territorio español determinada por la indocumentación del extranjero o de la ausencia de sello de entrada en el documento de viaje*”, lo que no se ajusta al Derecho Nacional (artículos 57.1, 57.4, 218 del R.D. 557/2011, así como al artículo 55 apartados 3 y 4 de la Ley Orgánica 4/2000), ni al Derecho Comunitario, comprendido en la Sentencia TJUE de fecha 8/10/2020¹⁸⁹. En síntesis, según la legislación y la jurisprudencia actual solo se podrá imponer la expulsión, en sustitución de la multa, una vez se haya realizado un juicio de proporcionalidad individualizado, ponderando las circunstancias agravantes y la gravedad de la pena de expulsión, para lo cual será necesario tener en cuenta las circunstancias personales y familiares, además la decisión de expulsión deberá estar apropiadamente motivada.

Para finalizar, es interesante analizar las estadísticas del Ministerio de Trabajo, que pone en evidencia que en general las inspecciones de trabajo relacionadas con extranjería no son una prioridad. Sin embargo, cuando ocurren, se detectan un gran número de infracciones, las cuales son severamente penalizadas desde el punto de vista económico, si se comparan, con el resto de las infracciones detectadas por este Ministerio. La media de inspecciones de extranjería supone solamente un 0,68% del total, siendo que la

¹⁸⁹ Letrado José Luis Martín Sánchez, «Reflexión desde un punto jurídico como letrado y como jefe de una Brigada de Extranjeros, de la Instrucción 11/2020, Comisaría General de Extranjería y Fronteras, sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 8/10/2020.», *EXTRANJERIA – ASESORES* (blog), 9 de diciembre de 2020, <https://extranjeriaasesores.com/reflexion-desde-un-punto-juridico-como-letrado-y-como-ex-jefe-de-una-brigada-de-extranjeros-durante-anos-sobre-la-instruccion-11-2020-dada-por-el-ilmo-sr-comisario-general-de-extranjeria-y-fronteras/>.

recaudación media sobre el total alcanza un 11,04%. Las garantías de acceso a un trabajo legal, que genera un ingreso justo, ofrecen seguridad a la trabajadora o trabajador solicitante de asilo y que además asegura la protección social a sus familias, es la clave de bóveda no solo para garantizar sus derechos, sino también para combatir de facto la explotación laboral y el fraude fiscal.

B) Derecho a la Educación

Respecto del derecho a la educación, los menores demandantes de asilo se enfrentan a la escasez de plazas para este tipo de alumnado, por la carencia de aulas de enlace. También señalan los estudios, la falta de formación específica del profesorado, necesaria para solventar las dificultades culturales, de comunicación y de falta de conocimientos para educar a niñas y niños especialmente vulnerables. Existen diferentes modelos para integrar a estos menores en el sistema educativo, ya que la legislación recoge la responsabilidad de la Administración de garantizar el derecho a la educación, priorizando la inclusión de estos menores en el grupo principal. Sin embargo, el diseño del sistema educativo, demasiado rígido para poderse adaptar a este tipo de alumnado, y la falta de apoyo complementario o de refuerzo, da lugar a estadísticas de abandono escolar altísimas para un país como España miembro de la UE y la décima cuarta economía más importante del mundo por PIB¹⁹⁰. La insuficiencia presupuestaria limita o imposibilita la correcta aplicación de la legislación. Es responsabilidad de las Administraciones Autonómicas favorecer la incorporación del alumnado en edad de escolarización obligatoria en el sistema educativo, atendiendo a sus circunstancias, conocimientos, edad e historial académico. No obstante, no se dan las condiciones económicas para que los Centros Educativos puedan realizar esta labor. La responsabilidad de las Administraciones regionales se traslada de forma deficiente a las asociaciones, organizaciones sin ánimo de lucro, voluntarios y docentes, que con buena voluntad y escasez de medios intentan suplir las deficiencias del propio sistema público.

En este caso, la legislación es clara y protectora, pero no se cumple en la mayoría de las regiones que registran un mayor número de demandantes de asilo. Se vulnera el derecho efectivo a la educación de estos menores, transformándolo simplemente en el acceso al sistema educativo, que, de momento, no fomenta el desarrollo social, cognitivo y emocional de estos menores, dando lugar a una alta tasa de abandono escolar.

¹⁹⁰ <https://www.datosmundial.com/economias-mas-grandes.php>

C) Derecho a la Atención Sanitaria

El apartado dedicado al derecho a la salud y el acceso a la sanidad llama la atención la postura del gobierno de España, frente al Defensor del Pueblo, las ONG's y asociaciones especializadas que solicitan de manera clara y taxativa la obligación de las CCAA de prestar atención sanitaria urgente gratuita y la atención obstétrica gratuita a las mujeres durante el embarazo, el parto y el postparto, independientemente de la situación administrativa de la persona y de la fecha de su llegada. De esta forma, este derecho fundamental, debería ser garantizado por ley en todo el territorio nacional, dotando de los instrumentos necesarios para hacer efectivo su obligado cumplimiento. Por otro lado, la legislación nacional es algo confusa sobre el inicio del derecho a la salud de los solicitantes de asilo. La legislación admite que este derecho comience con la formalización de la solicitud, sin embargo, el reglamento de aplicación especifica que este comienza con la admisión a trámite. Por ello, teniendo en cuenta que el Ministerio de Sanidad tiene una interpretación tan clara y protectora, como hizo saber en el marco del presente trabajo, estableciendo el inicio de la prestación desde la formalización de la solicitud o incluso antes, sería importante solventar estas lagunas, que no permiten el acceso a la atención sanitaria de las personas solicitantes de asilo.

Otra de las cuestiones de enorme importancia, que se debe subrayar, es la necesidad de regular el procedimiento de acceso a la atención sanitaria a través de leyes o reglamentos. La falta de transparencia detectada en algunas CCAA e incluso en el propio gobierno, al desarrollar normas tan relevantes como las que permiten el acceso a un derecho fundamental como es la sanidad, a través de instrucciones u órdenes internas que son de muy difícil acceso público, vulnera el derecho a la defensa de los solicitantes.

Se pretende que lo expuesto en este trabajo interpele e inspire a las personas que lo lean. Teniendo en cuenta el aumento del número de solicitudes de asilo, no es suficiente mejorar la situación de aquellas personas solicitantes de asilo en materia de empleo, educación o salud, sino que se debe incidir sobre la raíz del problema y favorecer la transformación del sistema que ha causado las disfunciones detectadas en la aplicación de la ley. Para ello es menester una transformación real de los instrumentos de seguimiento y evaluación de la aplicación de la ley y de las políticas públicas en materia de derechos fundamentales de los solicitantes de asilo. También es perentorio facilitar el acceso a información pública y fiable de esta población, de manera disgregada respecto

del resto de población inmigrante. Porque únicamente conociendo los datos y la realidad de estas personas se puede mejorar y garantizar sus derechos en el camino correcto.

Dicho esto, la legislación debe avanzar al ritmo de la jurisprudencia y de los estándares humanitarios, que reiteradamente recuerdan ACNUR, las ONG's y asociaciones especializadas, garantizando los derechos fundamentales. En caso de incumplimiento, es responsabilidad jurídica de las Administraciones tomar las medidas adecuadas para su ineludible cumplimiento, sin perder nunca el objetivo, garantizar la protección de los derechos humanos.

Referencias

Bibliografía

- Ministerio de Trabajo y Economía Social. «Inspección de Trabajo y Seguridad Social», 2019. <https://www.mites.gob.es/itss/web/Utilidades/FAQs/EXT/ext.html>.
- Aragón, Déborah Sebastián Ruiz | RTVE. «Los extranjeros indocumentados, principales víctimas de explotación laboral». RTVE.es, 19 de octubre de 2021. <https://www.rtve.es/noticias/20211019/extranjeros-indocumentados-principales-victimas-explotacion-laboral/2195740.shtml>.
- Calogero Pizzolo. «El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea». *Revista Integración Regional y Derechos Humanos. Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires*, 2019.
- Castaño, José Fernández Echeverría y F. Javier García, y Instituto de Migraciones. Universidad de Granada. «El desarrollo normativo que regula las aulas escolares de nacionalidad extranjera». *2015 19 (2015): 469-95*.
- Centro de Investigación y Documentación Educativa (España). *La atención al alumnado inmigrante en el sistema educativo en España*. Madrid: Centro de Investigación y Documentación Educativa, 2004.
- CIBERESP Subprogram on Migration and Health. «Migration and Health in Spain», diciembre de 2016.
- Letrado Jose Luis Martín Sánchez. «Reflexión desde un punto jurídico como letrado y como ex-jefe de una Brigada de Extranjeros, de la Instrucción 11/2020, Comisaría General de Extranjería y Fronteras, sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 8/10/2020.» *EXTRANJERIA – ASESORES* (blog), 9 de diciembre de 2020. <https://extranjeriaasesores.com/reflexion-desde-un-punto-juridico-como-letrado-y-como-ex-jefe-de-una-brigada-de-extranjeros-durante-anos-sobre-la-instruccion-11-2020-dada-por-el-ilmo-sr-comisario-general-de-extranjeria-y-fronteras/>.
- Comisión Catalana de Ayuda al Refugiado. «¿Cuál es el Papel de España en el Desarrollo de Buenas Prácticas a Nivel Internacional?», s. f., 7.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado. «Estudio de mercado laboral para personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional y análisis de impacto del programa de asilo fomento de la integración sociolaboral y trabajo en red», 2019.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado. «Informe 2021: Las personas refugiadas en España y Europa», 2021.
- Comisión Europea. «Monitor de la Educación y la Formación de 2020 - ESPAÑA», 2020, 25.

- Defensor del Pueblo. «Acogida e integración de refugiados. Grupo de trabajo sobre Educación | Defensor del Pueblo». Accedido 5 de enero de 2022. <https://www.defensordelpueblo.es/jornada-refugiados/conclusiones-y-propuestas-en-educacion/>.
- Defensor del Pueblo. «Acogida e integración de refugiados. Grupo de trabajo sobre empleo». Accedido 13 de noviembre de 2021. <https://www.defensordelpueblo.es/jornada-refugiados/conclusiones-y-propuestas-en-empleo/>.
- Defensor del Pueblo. «Asistencia sanitaria universal». Accedido 16 de enero de 2022. <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/asistencia-sanitaria-universal/>.
- El Ghaziri, Nahema, Jeremie Blaser, Mary Malebranche, Brigitte Pahud-Vermeulen, Teresa Gyuriga, Joan-Carles Suris, Mario Gehri, y Patrick Bodenmann. «Medical Facilities for Refugees in Europe: Creating a Consultation for Resettled Syrian Families». *Frontiers in Medicine* 8 (2021). <https://www.frontiersin.org/article/10.3389/fmed.2021.728878>.
- Erasmus+, INCOMA, y RE. Inclusión. «Marco común del sistema de reconocimiento de títulos de estudio y calificaciones profesionales para los refugiados», 2016.
- Departamento de Infografía. «Evolución del mercado laboral en 2017». *El País*. 25 de enero de 2018, sec. Economía. https://elpais.com/elpais/2018/01/25/media/1516901431_133657.html.
- Junco, Ana Paloma Abarca, y Marina Vargas Gómez-Urrutia. «Un proyecto para encauzar la acción legislativa en la “agenda para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea”», 2006, 56.
- Magisnet. «La situación educativa de los niños refugiados en España», 12 de diciembre de 2017. <https://www.magisnet.com/2017/12/la-situacion-educativa-de-los-nios-refugiados-en-espa/>.
- El Español. «Las “notas brillantes” no son suficientes para acceder a la universidad cuando no puedes pagarla», 11 de noviembre de 2021. https://www.elespanol.com/enclavods/historias/20211111/brillantes-no-suficientes-acceder-universidad-puedes-pagarla/626187794_0.html.
- Universidad Internacional Menéndez Pelayo. «“Los empresarios contratan inmigrantes ilegales porque saben que están en la más absoluta desprotección” - UIMP». Accedido 28 de noviembre de 2021. <http://www.uimp.es/actualidad-uimp/los-empresarios-contratan-inmigrantes-ilegales-porque-saben-que-estan-en-la-mas-absoluta-desproteccion.html>.
- Marina Vargas Gómez-Urrutia. «Asilo, Refugio y Protección Internacional. Acerca de las deficiencias del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) ante la crisis de los refugiados». *UNED-EGEA DE LOS CABALLEROS*, 20 de noviembre de 2015.
- Martín, María. «6.500 euros de entrada para conseguir un contrato de trabajo». *El País*, 22 de noviembre de 2021. <https://elpais.com/espana/2021-11-22/6500-euros-de-entrada-para-conseguir-un-contrato-de-trabajo.html>.
- Melgar, Alfredo Montoya. «El empleo ilegal de inmigrantes». *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 17 (1 de julio de 2009): 17-32.
- Molina, Violeta. «La educación de 0 a 3 años, marcada por la desigualdad en España». *La Opinión de A Coruña*, 22 de noviembre de 2021. <https://www.laopinioncoruna.es/sociedad/2021/11/22/educacion-0-3-anos-marcada-59799096.html>.
- National Information Exchange Model. «El mosaico de políticas de integración de los refugiados en Europa: el plan de acción de la UE sobre la integración y la inclusión como instrumento para solucionar las deficiencias», 2021.
- Neubauer Esteban, Adrián. «El derecho a la educación de los menores refugiados y solicitantes de asilo desde el enfoque basado en los derechos humanos: dificultades, finalidad e intervención educativa». *Revista Española de Educación Comparada*, n.º 35 (20 de diciembre de 2019): 70. <https://doi.org/10.5944/reec.35.2020.24342>.
- OCDE. «Refugee education: Integration models and practices in OECD countries». OECD Education Working Papers. Vol. 203. OECD Education Working Papers, 17 de mayo de 2019. <https://doi.org/10.1787/a3251a00-en>.

- Organización Mundial de la Salud. «Informe sobre la salud de los refugiados e inmigrantes en la Región Europea de la OMS», 2018.
- Organización Mundial de la Salud. «Promoción de la salud de los migrantes», 12 de diciembre de 2016.
- REDER, Red de Denuncia y Resistencia al RDL 12/2012. «No dejar a nadie atrás. La urgencia de garantizar la sanidad universal», s. f.
- Rionda, Pablo Iglesias. «La exclusión sanitaria persiste en España». Accedido 15 de enero de 2022. https://reder162012.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=309:la-exclusion-sanitaria-persiste-en-espana&Itemid=762.
- Rodríguez-García-de-Cortázar, Ainhoa, Ainhoa Ruiz-Azarola, Olga Leralta-Piñán, Jaime Jiménez-Pernett, y José Ignacio Oleaga-Usategui. «Salud Pública (también) para las personas migrantes y refugiadas en Europa». *Gaceta Sanitaria* 32, n.º 2 (1 de marzo de 2018): 111-13. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2017.05.005>.
- Sánchez, Gabriela. «El Hospital de Getafe ordena a sus médicos enviar a “centros privados” a extranjeros sin tarjeta para que “abonen la atención”». *ElDiario.es*, 18 de noviembre de 2021. https://www.eldiario.es/desalambre/hospital-getafe-ordena-medicos-enviar-centros-privados-extranjeros-tarjeta-paguen-atencion_1_8501620.html.
- Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria. «Expertos de la semFYC recuerdan a la Junta de Andalucía que ceder los datos de migrantes en situación irregular podría vulnerar la Ley de Sanidad Universal». *semFYC* (blog), 13 de noviembre de 2019. <https://www.semfy.com>.
- Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. «Solicitud (DASPI) | Comunidad de Madrid». Accedido 15 de enero de 2022. <https://tramita.comunidad.madrid/prestacion-social/solicitud-daspi>.
- Sr. Vernor Muñoz. «El derecho a la educación de los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación», 16 de abril de 2010, 23.
- Subdirección General de Protección Internacional, y Oficina de Asilo y Refugio. «Informe de actividad 2020», mayo de 2021.
- Testa, Gabriela Sánchez, Gonzalo. «Los hospitales de Ceuta y Melilla avisan a la Policía para “identificar” a migrantes que no tienen documentación ni tarjeta sanitaria». *ElDiario.es*, 6 de junio de 2021. https://www.eldiario.es/desalambre/hospitales-ceuta-melilla-avisana-policia-identificar-migrantes-no-documentacion-tarjeta-sanitaria_1_8005271.html.
- Yo sí sanidad universal. «Atención sanitaria a personas solicitantes de asilo». Accedido 15 de enero de 2022. <https://yosisanidaduniversal.net/que-puedo-hacer/si-soy-solicitante-de-asilo>.
- Yo sí sanidad Universal. «Vacuna covid madrid». Accedido 15 de enero de 2022. <https://yosisanidaduniversal.net/materiales/exclusion-sermas/vacunacion-en-la-comunidad-de-madrid>.

Legislación

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
2. Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiados de 28 de julio de 1951.
3. Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967.
4. Tratado Fundacional de la Unión Europea.
5. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
6. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.
7. Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido).
8. Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado

- miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida.
9. Reglamento 603/2013 relativo a «Eurodac»: la base de datos dactiloscópicas de los solicitantes de asilo de la Unión Europea para comparar sus impresiones dactilares.
 10. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y protección subsidiaria.
 11. Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1994, reguladora del derecho de Asilo y de la condición de Refugiado.
 12. Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
 13. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009.
 14. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966.
 15. Orden del, 25 de febrero de 1998, por la que se fijan los requisitos y el procedimiento sobre la concesión de autorizaciones para trabajar, aplicación de determinados supuestos y preferencias, modificación de los permisos de trabajo y compatibilidad de permisos de trabajo.
 16. Instrucción SEM 1/2021 por la que se modifica el manual de gestión (versión 4.1) del sistema de acogida de protección internacional y el procedimiento de gestión del itinerario y protección internacional aprobados por la instrucción DGIAH 2020/05/15, en relación con los requisitos para el acceso a la segunda fase del sistema de acogida de solicitantes y beneficiarios de protección internacional.
 17. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
 18. Constitución Española 1978.
 19. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
 20. Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado
 21. Directiva 2008/115 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.
 22. Directiva 2009/52/CE de 18 de junio de 2009 por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.
 23. Código Penal.
 24. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
 25. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.
 26. Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, hecho en Ginebra el 11 de junio de 2014.
 27. Instrucción 11/2020, de 23 de octubre de 2020, que establece los requisitos agravantes que han de concurrir en la persona del extranjero para iniciar un expediente de expulsión.
 28. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE)
 29. Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato.
 30. Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de septiembre de 1990.
 31. Convenio Europeo de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
 32. Carta Social Europea de 1996.
 33. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, 10 de diciembre de 2018.
 34. Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

35. Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones
36. Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.
37. Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Jurisprudencia

1. STEDH Gebremedhin v. France - 25389/05
2. STEDH el asunto m.s.s. c. Bélgica y Grecia (Demanda no. 30696/09) de 21 enero 2011
3. STEDH el asunto Čonka c. Bélgica, n.º 51564/99, de 5 de febrero de 2002
4. STJUE Achughbadian, C-329/11
5. STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19,
6. STJUE asunto 980/2019
7. STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14
8. STJUE de 19 de marzo de 2020, asunto C-103/18
9. STJUE asunto C-429/18
10. STJUE de 7 de junio de 2016, asunto C-47/15
11. STJUE de 5 de noviembre de 2014, C-166/13
12. STJUE de 19 de junio de 2018, asunto C-181/16
13. STJUE sentencia de 2 de julio de 2020, asunto C- 18/19
14. STJUE de 14 de enero de 2021, asunto C-441/2019
15. STJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-554/13
16. STJUE de 11 de junio de 2015, asunto C- 554/13
17. STJUE El Dridi, C-61/11 PPU
18. STJUE asunto C-554/13, de 11 de junio de 2015
19. STJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-554/13
20. STJUE de 15 de febrero de 2016, asunto C-601/15
21. STJUE asunto 2020/807
22. STJUE asunto C-36/20 de 25 de junio de 2020
23. STJUE asunto C-175/17 de 26 de septiembre de 2018
24. STJUE asunto C-808/18
25. STJUE asunto C-643/15
26. STJUE asunto C-175/17 de 26 de septiembre de 2018
27. STJUE de 19 de junio de 2018, Gnandi, C-181/16
28. STJUE de 15 de febrero de 2016, N., C-601/15 PPU
29. STJUE asunto C-18/16
30. STJUE asunto C-808/18
31. STJUE de 15 de febrero de 2016, N., C-601/15 PPU
32. STJUE asunto C-524/15
33. STJUE, de 8 de julio de 1999, Comisión/Francia, C354/98
34. STJUE, de 14 de marzo de 2006, Comisión/Francia, C177/04

35. STJUE, de 4 de octubre de 2018, Comisión/España, C599/17
36. Auto TJUE de 5 de julio de 2018, C
37. Auto TJUE C-269/18 PPU
38. Auto del TJUE de 5 de julio de 2018 asunto C269/18
39. STS, sec. 6ª, 15-04-2004, rec. 8684/1998
40. STS, sec. 6ª, 16-07-2002, rec. 8735/1999
41. STS, sec. 6ª, 16-07-2002, rec. 8735/1999
42. STS, sec. 6ª, 27-03-2001, rec. 3576/1998
43. STS, sec. 6ª, 30 de septiembre de 1996
44. STS, sec. 6ª, de 21 de octubre de 1999, recurso de casación núm. 2496/1996
45. STS, sec. 6ª, 17-04-2001, rec. 8183/1998
46. STS, sec. 6ª, de 30 de septiembre de 1996 EDJ 1996/7328,
47. STS, sec. 6ª, 2 de marzo EDJ 2000/5382, EDJ 2000/12281
48. STS, sec. 6ª, 22 de mayo EDJ 2000/19638
49. STS, sec. 6ª, 12 de diciembre de 2000 EDJ 2000/56261
50. STS, sec. 6ª, 19-11-2002, rec. 7216/1999
51. STS, sec. 6ª, de 22 de noviembre de 1993, 23 de septiembre EDJ 1995/6227,
52. STS, sec. 6ª, 23 de octubre EDJ 1995/6807
53. STS, sec. 6ª, 25 de noviembre de 1995 EDJ 1995/7944
54. STS, sec. 6ª, 17 de febrero EDJ 1996/2095
55. STS, sec. 6ª, 27 de julio EDJ 1996/6323
56. STS, sec. 6ª, 28 de septiembre EDJ 1996/7524
57. STS, sec. 6ª, 30 de diciembre de 1996 EDJ 1996/10087
58. STS, sec. 6ª, 20 de enero de 1997 EDJ 1997/693
59. STS, sec. 6ª, 28 de febrero EDJ 1998/2561
60. STS, sec. 6ª, 4 de abril de 1998 EDJ 1998/2830
61. STS, sec. 6ª, 8 de noviembre EDJ 1999/45147
62. STS, sec. 6ª, 27 de diciembre de 1999 EDJ 1999/49578
63. STS, sec. 6ª, 17 de marzo EDJ 2001/12113
64. STS, sec. 6ª, 11 de diciembre de 2001 EDJ 2001/64947
65. STS, sec. 6ª, 15 de junio y 13 de julio de 2002 EDJ 2002/28623
66. STS, sec. 6ª, 20-07-2002, rec. 4808/1999.
67. STS, sec. 6ª, de 16 de diciembre de 1996 EDJ 1996/10084
68. STS, sec. 6ª, 30 de diciembre de 1996 EDJ 1996/10087
69. STS, sec. 6ª, 27 de febrero de 1999 EDJ 1999/49578
70. STS, sec. 6ª, 11 de diciembre de 2001 EDJ 2001/64947
71. STS, sec. 6ª, 15 de junio y 13 de julio de 2002 EDJ 2002/28623
72. STS, sec. 6ª, de 5 de junio de 2003, RC 7617/2000
73. STS, sec. 6ª, sentencia de 21 de octubre de 1999, rec. 2496/1996 EDJ 1999/37200.
74. STS, sec. 6ª, 17-04-2001, rec. 8183/1998,
75. STS, sec. 6ª, 19-11-2002, rec. 7216/1999
76. STS, sec. 5ª, S 23-11-2007, rec. 7106/2003
77. STS, de 17 de abril de 2001, rec. 8183/1998,
78. STS, 15 de junio de 2002, rec. 5936/1999 EDJ 2002/34306
79. STS, sec. 6ª, 16-07-2002, rec. 8735/1999
80. STS 980/2018, de 12 de junio, dictada en el recurso de casación 2958/2017
81. STS 321/2020, de 4 de mayo, rec. 5364/2018
82. STS de 10 de febrero de 2012 (rec. 2415/2011)

83. STS 366/2021, de 17 de marzo de 2021
84. Auto TS, sec. 6ª, 9 de mayo de 2000
85. Auto TS, sec. 6ª, 12 de julio de 1996
86. Auto TS, sec. 6ª, de 29 de abril de 1995
87. Auto TS, sec. 6ª, de 16 de mayo de 1995
88. Auto TS, sec. 6ª, de 22 de mayo de 1995
89. Auto TS, sec. 6ª, de 20 de julio de 1996
90. Autos TS, sec. 6ª, de 16 y 18 de abril de 1996
91. Autos TS, sec. 6ª, 21 de octubre de 1997
92. SAN, sec. 4ª, 30-07-2021, n.º 809/2021, rec. 1645/2020
93. SAN 3ª de 2 de junio de 2021 -rec. 1905/2020
94. SAN 8 de junio de 2021 -rec. 1505/2020
95. TSJ de Cantabria 416/2010
96. TSJ de Madrid 511/2010
97. TSJ de Castilla-León 1576/2011
98. TSJ de País Vasco 332/2012
99. TSJ de Castilla-León 1174/2012
100. TSJ de Madrid 50/2013
101. TSJ de Madrid 684/2016
102. TSJ de Madrid 771/2017
103. TSJ de Galicia 556/2018

Doctrina

1. Castaño, José Fernández Echeverría y F. Javier García, e Instituto de Migraciones. Universidad de Granada. «El desarrollo normativo que regula las aulas escolares de nacionalidad extranjera». *2015 19* (2015): 469-95.
2. Calogero Pizzolo. «El derecho a un recurso efectivo para los requirentes de asilo en la Unión Europea». *Revista Integración Regional y Derechos Humanos. Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires*, 2019.
3. Defensor del Pueblo «Acogida e integración de refugiados. Grupo de trabajo sobre empleo». Accedido 13 de noviembre de 2021. <https://www.defensordelpueblo.es/jornada-refugiados/conclusiones-y-propuestas-en-empleo/>.
4. Defensor del Pueblo. «Asistencia sanitaria universal | Defensor del Pueblo». Accedido 16 de enero de 2022. <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/asistencia-sanitaria-universal/>.
5. Defensor del Pueblo. «Acogida e integración de refugiados. Grupo de trabajo sobre Educación | Defensor del Pueblo». Accedido 5 de enero de 2022. <https://www.defensordelpueblo.es/jornada-refugiados/conclusiones-y-propuestas-en-educacion/>.
6. Junco, Ana Paloma Abarca, y Marina Vargas Gómez-Urrutia. «Un proyecto para encauzar la acción legislativa en la “agenda para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea”», 2006, 56.
7. Letrado José Luis Martín Sánchez. «Reflexión desde un punto jurídico como letrado y como jefe de una Brigada de Extranjeros, de la Instrucción 11/2020, Comisaría General de Extranjería y Fronteras, sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 8/10/2020.» *EXTRANJERIA – ASESORES* (blog), 9 de diciembre de 2020. <https://extranjeriaasesores.com/reflexion-desde-un-punto-juridico-como-letrado-y-como-ex->

- jefe-de-una-brigada-de-extranjeros-durante-anos-sobre-la-instruccion-11-2020-dada-por-el-
ilmo-sr-comisario-general-de-extranjeria-y-fronteras/.
8. Marina Vargas Gómez-Urrutia. «Asilo, Refugio y Protección Internacional. Acerca de las deficiencias del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) ante la crisis de los refugiados». *UNED-EGEA DE LOS CABALLEROS*, 20 de noviembre de 2015.
 9. Melgar, Alfredo Montoya. «El empleo ilegal de inmigrantes». *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 17 (1 de julio de 2009): 17-32.
 10. Sr. Vernor Muñoz. «El derecho a la educación de los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación», 16 de abril de 2010, 23.

Anexos

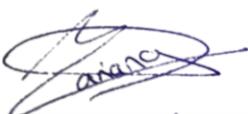
- Anexo I: Email Consejería de Sanidad Cataluña.
- Anexo II: Email Oficina de Atención al ciudadano del Ministerio de Sanidad.
- Anexo III: Email ACCEM.
- Anexo IV: Informe elaborado por ACCEM para este trabajo sobre la atención sanitaria a solicitantes de asilo y protección internacional.
- Anexo V: Email INGESA (Ceuta y Melilla).

COMPROMISO ÉTICO DE AUTORÍA

El abajo firmante, Mariana Da Silva Chasco Álvaro Ferreira, con DNI-NIF/Pasaporte 51508770V, alumna del Máster Universitario en Acceso a la Abogacía de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, con respecto a la realización del Trabajo de Fin de Máster (TFM) declaro que:

1. Reconozco la ilegitimidad e ilegalidad del plagio, consintiendo éste en usar el trabajo de otra persona con la pretensión de considerarlo como propio.
2. Cada contribución y obra de este Trabajo de Fin de Máster ha sido convenientemente citada y referenciada.
3. Este Trabajo de Fin de Máster es fruto de mi propio trabajo.
4. No he permitido a nadie, ni permitiré, copiar este Trabajo de Fin de Máster con la intención de hacerlo pasar como suyo propio.

Y para que así conste, firmo la presente declaración, en Madrid, a 11 de febrero de 2022,

Fdo.:  _____

RE: Estudio UNED: Atención Sanitaria a personas solicitantes de asilo

Perez Garcia, Carles Vicenç <cvperez@catsalut.cat>

Lun 24/01/2022 8:22

Para: MARIANA DA SILVA-CHASCO ALVARO-FERREIRA <mdasilvac1@alumno.uned.es>; Teixidó Sanchez, Maria Victòria <vteixido@catsalut.cat>

CC: Bústia Direcció CatSalut <direccio@catsalut.cat>; Labordena Barcelo, Ma. Jesus <xlabordena@catsalut.cat>; Inglés Lodos, José <jingles@catsalut.cat>

Buenos días,

En Catalunya puede acceder a la atención sanitaria no urgente y emitimos TSI con el documento blanco acreditativo de solicitud de asilo.

Saludos,

Carles Vicenç Pérez Garcia

Gerència de Gestió Ciutadana

Àrea de Ciutadania, Innovació i Usuari

Travessera de les Corts, 131-159 | Edifici Olímpia | 08028 Barcelona | Tel. 93 403 87 22

cvperez@catsalut.cat | <https://catsalut.gencat.cat>**Salut/** Servei Català de la Salut**De:** MARIANA DA SILVA-CHASCO ALVARO-FERREIRA <mdasilvac1@alumno.uned.es>**Enviat:** dissabte, 22 de gener de 2022 14:33**Per a:** Teixidó Sanchez, Maria Victòria <vteixido@catsalut.cat>**A/c:** Bústia Direcció CatSalut <direccio@catsalut.cat>; Perez Garcia, Carles Vicenç <cvperez@catsalut.cat>; Labordena Barcelo, Ma. Jesus <xlabordena@catsalut.cat>; Inglés Lodos, José <jingles@catsalut.cat>**Tema:** RE: Estudio UNED: Atención Sanitaria a personas solicitantes de asilo

Estimada Victòria Teixidó Sanchez,

Muchísimas gracias por su rápida respuesta, para nuestro estudio tiene un gran valor.

Después de estudiar la legislación y leer su respuesta, si no es inconveniente, nos gustaría que nos confirmara una cuestión, si fuera posible:

- Para que un solicitante de asilo pueda acceder a la atención sanitaria no urgente, en Cataluña, ¿puede hacerlo simplemente con el documento blanco o "Tarjeta Blanca", que le dan inmediatamente después de solicitar el asilo en alguna comisaría? ¿O tienen que esperar 6 meses para tener la Tarjeta Roja, la cual les permite trabajar y cotizar en la Seguridad Social?

Para nosotros es muy importante saber los plazos de acceso, si es casi inmediato o no, aunque Cataluña sea bastante garantista permitiendo el acceso a la atención médica urgente, también es relevante para nuestro estudio la atención no urgente.

De nuevo le agradecemos su colaboración en este estudio.

Un cordial saludo,

Mariana Da Silva-Chasco

De: Teixidó Sanchez, Maria Victòria <vteixido@catsalut.cat>

Enviado: miércoles, 19 de enero de 2022 13:25

Para: MARIANA DA SILVA-CHASCO ALVARO-FERREIRA <mdasilvac1@alumno.uned.es>

Cc: Bústia Direcció CatSalut <direccio@catsalut.cat>; Perez Garcia, Carles Vicenç <cvperez@catsalut.cat>;
Labordena Barcelo, Ma. Jesus <xlabordena@catsalut.cat>; Inglés Lodos, José <jjingles@catsalut.cat>

Asunto: RV: Estudio UNED: Atención Sanitaria a personas solicitantes de asilo

Buenos días,

A los efectos de la consulta formulada a la directora del Servicio Catalán de la Salud hay que tener en cuenta lo que establece la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria; la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y la Ley 9/2017, de 27 de junio, de universalización de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos por medio del Servicio Catalán de la Salud.

De acuerdo con esto, damos respuesta a la preguntas planteadas dentro de su correo.

Atentamente,

Victòria Teixidó Sanchez

Cap de la Divisió de Gestió d'Usuaris
Gerència de Gestió Ciutadana

Travessera de les Corts, 131-159 | Edifici Olímpia | 08028 Barcelona | Tel. 93 403 89 74
vteixido@catsalut.cat | <https://catsalut.gencat.cat>



Aquest missatge s'adreça exclusivament a la persona destinatària i pot contenir informació privilegiada o confidencial. Si no sou la persona destinatària indicada, us recordem que la utilització, divulgació i/o còpia sense autorització està prohibida en virtut de la legislació vigent. Si heu rebut aquest missatge per error, us demanem que ens ho feu saber immediatament per aquesta via i que el destruïu.

Abans d'imprimir aquest correu, assegureu-vos que és realment necessari.

De: MARIANA DA SILVA-CHASCO ALVARO-FERREIRA <mdasilvac1@alumno.uned.es>

Enviado: divendres, 14 de gener de 2022 18:15

Per a: Bústia Direcció CatSalut <direccio@catsalut.cat>

Tema: Estudio UNED: Atención Sanitaria a personas solicitantes de asilo

Dirigido a la Directora del Servicio Catalán de la Salud

Estimada Sra. Gemma Craywinckel Martí,

Desde la Facultad de Derecho de la UNED estamos realizando un estudio sobre la atención sanitaria pública completa (urgente, tratamientos continuados, consultas no urgentes, seguimiento de embarazadas y menores...) a las personas solicitantes de asilo y refugio en España, específicamente desde la legislación nacional, europea e internacional. Sin embargo, la legislación nacional parece estar muy lejos de la realidad que se encuentran las asociaciones y por eso le pido su ayuda.

Según nuestra interpretación de la legislación, los solicitantes tienen derecho a la atención sanitaria completa inmediata (simplemente con la "tarjeta blanca") desde el momento que interponen la solicitud de asilo (art. 16.2 , 18.1 f) de la Ley de Asilo y art. 15 del Reglamento de la Ley de Asilo) hasta, por lo menos, la resolución de denegación. Sin embargo, la realidad que enfrentan las asociaciones es muy diferente, pues los centros de salud y hospitales exigen algunas la Tarjeta Roja (por lo que solo tendrán acceso a partir del 6º meses en territorio) o a los 90 días para ser considerados residentes. Asimismo, no tienen derecho ni a la tarjeta sanitaria ni a la atención urgente, porque después les entregan una factura, lo que es completamente contrario a la legislación europea (Directiva 2013/33/UE art 17.3) e internacional humanitaria.

- ¿Esta situación es correcta, conforme a la legislación vigente en Cataluña, según vuestra interpretación?

En Cataluña el requisito que se exige es estar en la situación de solicitante de protección internacional para emitir la correspondiente TSI con cobertura en todo el territorio nacional (Sistema Nacional de Salud). En el caso que participe alguna entidad u organización (Cruz Roja, ONG, etc.) la acreditación con la TSI se realiza de oficio por parte del Servicio Catalán de la Salud de forma coordinada con estas entidades.

Más información en los enlaces de más abajo:

- <https://catsalut.gencat.cat/ca/coneix-catsalut/acces-sistema-salut/qui-te-acces-al-sistema-sanitari-public/acces-per-a-les-persones-que-es-troben-en-situacions-especials-segons-reial-decret-1192-2012/>
- https://web.gencat.cat/ca/tramits/tramits-temes/10161_-_Acces_assistencia_sanitaria_de_cobertura_publica_del_CatSalut_per_a_persones_que_es_troben_en_situacions_especials_segons_el_Reial_decret_1192_2012?category=75f95a84-a82c-11e3-a972-000c29052e2c

En el caso que no puedan demostrar que son solicitantes de protección internacional, se aplica la Ley 9/2017, de 27 de junio, de universalización de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos por medio del Servicio Catalán de la Salud.

- ¿Cuándo tendrían los solicitantes, según la legislación vigente acceso a atención sanitaria?

En el mismo momento que se acreditan con la TSI tienen acceso a toda la cobertura sanitaria del Sistema Nacional de Salud (SNS)

- En el caso que no sea inmediato, una vez tengan "la Tarjeta Blanca" o el Documento acreditativo de la solicitud de protección internacional, ¿hasta tener derecho a la tarjeta sanitaria tienen derecho a la atención urgente gratuita?

Si

- ¿Hasta cuándo tienen derecho a la atención sanitaria?

El derecho se mantiene mientras residan en Cataluña.

Por otro lado, cuando reciben la denegación de la solicitud por parte de la Administración, y deciden recurrir ante la Audiencia Nacional, durante el periodo de tramitación del recurso:

- ¿Tienen acceso a la atención sanitaria completa durante el recurso contencioso?

La asistencia sanitaria se mantiene mientras no se resuelva el recurso contencioso. En todo caso, si la persona no puede acreditar esta condición de solicitante de protección internacional puede acceder a la asistencia sanitaria por la normativa catalana desde el primer día del empadronamiento y tendría la atención sanitaria garantizada dentro del territorio de Cataluña. Si posteriormente acredita esta condición se le emite nueva TSI con la cobertura en todo el SNS.

- ¿Para tener acceso tendrían que solicitarla como inmigrantes en situación irregular, o se extiende el derecho atribuido por la Tarjeta Roja, ya caducada?

Podrían solicitar el acceso o bien por la normativa catalana o si se acredita más de tres meses de empadronamiento como extranjero en situación irregular con cobertura en todo el SNS.

Agradezco infinitamente su atención y tiempo, a su vez, les rogaría, si es posible, que me remitieran una respuesta antes del 31 de enero.

Les deseo un excelente año 2022.

Un cordial saludo,

Mariana Da Silva-Chasco
Facultad de Derecho de la UNED
Tel.: +34 678 061 746

Mariana Da Silva-Chasco

RE: 1137/22/ aaq Estudio UNED: Atención Sanitaria a los Solicitantes de Asilo en España _ts

oiac@sanidad.gob.es <oiac@sanidad.gob.es>

Mié 26/01/2022 18:33

Para: MARIANA DA SILVA-CHASCO ALVARO-FERREIRA <mdasilvac1@alumno.uned.es>

Buenos días:

Le agradecemos haberse puesto en contacto con la oficina de información y atención al ciudadano.

En relación con la consulta que nos efectúa acerca de la atención sanitaria de los solicitantes de asilo, le informamos que la *«Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria»* establece en el artículo 16.2 que las personas nacionales no comunitarias y las apátridas presentes en territorio español que sean solicitantes de protección internacional tendrán derecho a la asistencia sanitaria y en el artículo 18.1.f que tienen el derecho a la atención sanitaria una vez presentada la solicitud.

Asimismo, la Disposición adicional cuarta de Prestación de asistencia sanitaria para solicitantes de protección internacional del *«Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud»* dice que: *"Las personas solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo recibirán, mientras permanezcan en esta situación, asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud regulada en el artículo 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Asimismo, se proporcionará la atención necesaria, médica o de otro tipo, a los solicitantes de protección internacional con necesidades especiales"*.

Por lo tanto, las personas extranjeras solicitantes de asilo tienen derecho a la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud con cargo a los fondos públicos desde el momento en que presentan la solicitud de protección internacional y la Comisaría General de Extranjería y Fronteras les expide como documento acreditativo el resguardo de presentación de solicitud de la condición de solicitante de protección internacional (tarjeta blanca).

Ante la imposibilidad de atender a todas las personas que quieren formalizar su solicitud de protección internacional ante las Oficinas de Asilo y Refugio (OAR), Oficinas de Extranjeros, Comisarías de Policía autorizadas y Centros de Internamiento de Extranjeros, debido principalmente a la pandemia por Covid-19, se les está expidiendo un documento denominado *"Manifestación de voluntad de presentar solicitud de protección internacional"* que acredita al extranjero la intención de presentar solicitud de protección internacional hasta que pueda ser citado a presentar la solicitud formal de protección internacional. Dicho documento es igualmente válido para recibir asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos ya que se entiende que si la Administración no puede realizar este trámite en tiempo y forma no puede ir en perjuicio del ciudadano extranjero.

En el caso de aquellas personas solicitantes de protección internacional que estén en situación de recurso contra una resolución denegatoria de su solicitud, como cuando recurren por la vía contencioso-administrativa ante la Audiencia Nacional, mantienen su estatus de solicitantes de asilo y el derecho a recibir asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos al no haber una resolución definitiva sobre sus solicitudes porque no existen diferencias entre los solicitantes que se encuentren en situación de recurso y los solicitantes que estén completando el proceso desde el inicio de acuerdo. El artículo 40 de documentación provisional durante el procedimiento judicial del *«Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo»* establece que: *"La admisión de una solicitud de reexamen del*

expediente y la interposición de recurso contencioso-administrativo con suspensión judicial del acto administrativo implicarán la renovación o, en su caso, expedición de la documentación provisional de solicitante de asilo hasta tanto recaiga resolución firme sobre la concesión o denegación del estatuto del refugiado”.

Atentamente,

Oficina de Información y Atención al Ciudadano
Paseo del Prado 18-20
28071 Madrid
Tfno.: 915961089/90
www.mscbs.es
oiac@sanidad.gob.es

La presente información no tiene carácter de resolución y se emite a los efectos informativos definidos en el artículo 13 y 53 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

De: MARIANA DA SILVA-CHASCO ALVARO-FERREIRA <mdasilvac1@alumno.uned.es>

Enviado el: viernes, 14 de enero de 2022 12:49

Para: Oficina de Información y Atención al Ciudadano <oiac@sanidad.gob.es>

Asunto: 1137/22/ aaq Estudio UNED: Atención Sanitaria a los Solicitantes de Asilo en España

Dirigido a la Secretaría General de Cartera de Servicios del SNS y Fondos de Compensación.

Estimado/a Señor/a,

Desde la Facultad de Derecho de la UNED estamos realizando un estudio sobre la atención sanitaria pública completa (urgente, tratamientos continuados, consultas no urgentes, seguimiento de embarazadas y menores...) a las personas solicitantes de asilo y refugio en España, específicamente desde la legislación nacional, europea e internacional. Sin embargo, la legislación nacional parece estar muy lejos de la realidad que se encuentran las asociaciones y por eso le pido su ayuda.

Según nuestra interpretación de la legislación, los solicitantes tienen derecho a la atención sanitaria completa inmediata (simplemente con la "tarjeta blanca") desde el momento que interponen la solicitud de asilo (art. 16.2 , 18.1 f) de la Ley de Asilo y art. 15 del Reglamento de la Ley de Asilo) hasta, por lo menos, la resolución de denegación. Sin embargo, la realidad que enfrentan las asociaciones es muy diferente, pues los centros de salud y hospitales exigen algunas la Tarjeta Roja (por lo que solo tendrán acceso a partir del 6º meses en territorio) o a los 90 días para ser considerados residentes. Asimismo, no tienen derecho ni a la tarjeta sanitaria ni a la atención urgente, porque después les entregan una factura, lo que es completamente contrario a la legislación europea (Directiva 2013/33/UE art 17.3) e internacional humanitaria.

- ¿Esta situación es correcta, conforme a la legislación vigente, según vuestra interpretación?
- ¿Cuándo tendrían los solicitantes, según la legislación vigente acceso a atención sanitaria?
- En el caso que no sea inmediato, una vez tengan "la Tarjeta Blanca" o el Documento acreditativo de la solicitud de protección internacional, ¿hasta tener derecho a la tarjeta sanitaria tienen derecho a la atención urgente gratuita?
- ¿Hasta cuándo tienen derecho a la atención sanitaria?

Por otro lado, cuando reciben la denegación de la solicitud por parte de la Administración, y deciden recurrir ante la Audiencia Nacional, durante el periodo de tramitación del recurso:

- ¿Tienen acceso a la atención sanitaria completa durante el recurso contencioso?

- ¿Para tener acceso tendrían que solicitarla como inmigrantes en situación irregular, o se extiende el derecho atribuido por la Tarjeta Roja, ya caducada?

Agradezco infinitamente su atención y tiempo, a su vez, les rogaría, si es posible, que me remitieran una respuesta antes del 31 de enero.

Les deseo un excelente año 2022.

Un cordial saludo,

Mariana Da Silva-Chasco
Facultad de Derecho de la UNED
Tel.: +34 678 061 746

CONFIDENCIALIDAD. El contenido de este mensaje y el de cualquier documentación anexa es confidencial y va dirigido únicamente al destinatario del mismo. Si Usted no es el destinatario, le solicitamos que nos lo indique, no comunique su contenido a terceros y proceda a su destrucción.

CONFIDENTIALITY. The content of this message and any attached information is confidential and exclusively for the use of the addresser. If you are not the addresser, we ask you to notify to the sender, do not pass its content and delete the original.

RE: Estudio UNED: Atención Sanitaria Solicitantes de Asilo en España

MARIANA DA SILVA-CHASCO ALVARO-FERREIRA <mdasilvac1@alumno.uned.es>

Lun 31/01/2022 16:28

Para: Carmen Domenech Santos <cdomenechs@accem.es>

CC: ELENA RODRIGUEZ GALAN <programas.erg@accem.es>; LUIS ANTONIO MANZANO SANCHEZ-VAQUERIZO <lmanzanos@accem.es>; FRANCISCO JOSE ROJO HERRERO <juridico@accem.es>

Estimada Carmen,

Muchísimas gracias a ti y a todo tu equipo por las extraordinarias respuestas que nos habéis remitido, muy completas y valiosas para nuestro estudio. Estamos muy agradecidas por el tiempo y el conocimiento invertido para su elaboración.

Un cordial saludo,

Mariana Da Silva-Chasco

De: Carmen Domenech Santos <cdomenechs@accem.es>**Enviado:** lunes, 31 de enero de 2022 15:12**Para:** MARIANA DA SILVA-CHASCO ALVARO-FERREIRA <mdasilvac1@alumno.uned.es>**Cc:** ELENA RODRIGUEZ GALAN <programas.erg@accem.es>; LUIS ANTONIO MANZANO SANCHEZ-VAQUERIZO <lmanzanos@accem.es>; FRANCISCO JOSE ROJO HERRERO <juridico@accem.es>**Asunto:** Re: Estudio UNED: Atención Sanitaria Solicitantes de Asilo en España

Estimada Mariana,

Espero que estés bien.

Como quedamos, te adjunto el documento con la información solicitada sobre Atención Sanitaria a Solicitantes de Asilo en España.

Espero que os resulte útil.

Desde la Escuela de Formación de Accem estamos disponibles para colaborar en la medida de lo posible con los proyectos de investigación que nos solicitan información.

un abrazo,

Carmen Domenech Santos

Responsable Escuela de Formación

✉ cdomenechs@accem.es

Plaza Santa María Soledad Torres Acosta, 2, 28004, Madrid

☎ +34 915312312 | +34 664343444 | Fax: +34 915322059 🌐 www.accem.es

Este mensaje se dirige exclusivamente a su destinatario y puede contener información privilegiada o CONFIDENCIAL. Si no es vd. el destinatario indicado, queda notificado de que la utilización, divulgación y/o copia sin autorización está prohibida en virtud de la legislación vigente. Si ha recibido este mensaje por error, le rogamos que nos lo comuniqué inmediatamente por esta misma vía y proceda a su destrucción.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento 2016/279 de Protección de Datos del Parlamento Europeo y del Consejo y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, le recordamos que puede acceder, rectificar y suprimir los datos personales que nos aporte, así como ejercer otros **derechos** sobre los mismos, enviando un e-mail a protecciondatos@accem.es. Puede consultar la **información adicional y detallada** en: <https://www.accem.es/protecciondedatos/>. A continuación le facilitamos la **información básica relativa a la Protección de sus Datos Personales**:

Si usted nos ha contactado para solicitar una cita o pedir información: **Responsable:** Accem; **Finalidad:** Gestionar su solicitud de información; **Legitimación:** Art. 6.1 f) RGDP Interés legítimo del/la titular de los datos en que Accem pueda responder a su solicitud; **Organismos o Entidades Destinatarios:** Los datos aportados no se cederán a ningún tercero salvo a proveedores de servicios o por obligación legal; **Plazo de conservación:** Sus datos personales se conservarán hasta la resolución de su solicitud.

Si usted es proveedor o mantiene relaciones profesionales con Accem: **Responsable:** Accem; **Finalidad:** Gestión de las relaciones profesionales mantenidas entre las partes; **Legitimación:** Art. 6.1 f) RGDP Interés legítimo de ambas partes en mantener relaciones profesionales; **Organismos o Entidades Destinatarios:** Los datos aportados no se cederán a ningún tercero salvo a proveedores de servicios o por obligación legal; **Plazo de conservación:** Mientras dure la relación profesional entre las partes.

 **Antes de imprimir piensa en tu responsabilidad y compromiso con el MEDIO AMBIENTE.**El sáb, 22 ene 2022 a las 14:32, MARIANA DA SILVA-CHASCO ALVARO-FERREIRA (<mdasilvac1@alumno.uned.es>) escribió:

Estimada Carmen Domenech,

Muchísimas gracias por vuestra colaboración, la experiencia de las asociaciones tiene un valor incalculable para nosotros, por lo que agradecemos infinitamente vuestro tiempo y atención.

Quedamos a la espera de vuestros correos.

Un cordial saludo,

Mariana Da Silva Chasco

De: Carmen Domenech Santos <cdomenechs@accem.es>**Enviado:** viernes, 21 de enero de 2022 10:24**Para:** MARIANA DA SILVA-CHASCO ALVARO-FERREIRA <mdasilvac1@alumno.uned.es>**Cc:** ELENA RODRIGUEZ GALAN <programas.erg@accem.es>; LUIS ANTONIO MANZANO SANCHEZ-VAQUERIZO <lmanzanos@accem.es>; FRANCISCO JOSE ROJO HERRERO <juridico@accem.es>**Asunto:** Estudio UNED: Atención Sanitaria Solicitantes de Asilo en España

Estimada Mariana,

Mi nombre es Carmen Domenech, Responsable de la Escuela de Formación de Accem. Hemos recibido vuestra solicitud de colaboración en el Estudio UNED: Atención Sanitaria Solicitantes de Asilo en España.

Como la gestión de la atención sanitaria es una competencia transferida a las CCAA hemos consultado a las distintas delegaciones de Accem en los territorios para conocer cual es la situación actual.

Os remitiremos la información en el plazo indicado.

Un cordial saludo,
Carmen Domenech

Estudio sobre situación sanitaria de Solicitantes y Beneficiarios de Protección Internacional UNED.

Según nuestra interpretación de la legislación, los solicitantes tienen derecho a la atención sanitaria completa inmediata (simplemente con la "tarjeta blanca") desde el momento que interponen la solicitud de asilo (art. 16.2, 18.1 f) de la Ley de Asilo y art. 15 del Reglamento de la Ley de Asilo) hasta, por lo menos, la resolución de denegación. Sin embargo, la realidad que enfrentan las asociaciones es muy diferente, pues los centros de salud y hospitales exigen algunas la Tarjeta Roja (por lo que solo tendrán acceso a partir de los 6º meses en territorio) o a los 90 días para ser considerados residentes. Asimismo, no tienen derecho ni a la tarjeta sanitaria ni a la atención urgente, porque después les entregan una factura, lo que es completamente contrario a la legislación europea (Directiva 2013/33/UE art 17.3) e internacional humanitaria.

- **¿Esta situación es correcta, según vuestra experiencia? ¿Qué trabas ponen las Administraciones para el acceso a la salud, urgente y no urgente?**

En el caso de España, el derecho a la atención sanitaria para solicitantes de asilo y personas beneficiarias de PI está garantizado por ley.

RD 576/2013 *Las personas solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo recibirán, mientras permanezcan en esta situación, asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud regulada en el artículo 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo (...)*

Este RD, también le da a las CCAA la potestad de establecer como tiene que acreditar la persona su derecho por ser SBPI y aquí es donde nos encontramos con varias trabas:

- En función de cada CCAA, se admite como válido determinados documentos. Pej, el resguardo de solicitar una cita para realizar la solicitud, no se considera válido como en general cuando la persona está en esta situación no cuenta con 90 días en España, tampoco puede entrar por esta vía.
- Hay comunidades autónomas en las que tampoco se admite el resguardo de admisión a trámite (tarjeta blanca) y solamente hasta que la persona cuenta con la tarjeta roja puede acceder al sistema sanitario.

Si la CCAA no considera válido el resguardo, se les aplicaría el RD 7/2018, que establece que solo pueden acceder al sistema público de salud personas sin permiso de residencia, cuando puedan acreditar 90 días de estancia en territorio nacional. Lo que dejaría fuera en estas CCAA a Solicitantes de Asilo que no cuenten con un documento que la C.A. considere válido, y que no puedan acreditar residencia de al menos 90 días.

A continuación se describe la situación por CC.AA:

Las principales dificultades observadas, dependiendo de la localidad son, por un lado, la demora en la tramitación de la propia tarjeta sanitaria, como ocurre en Vigo, por ejemplo, donde el trámite se puede demorar un mes aproximadamente, y durante ese tiempo no permiten a la persona el acceso a la atención primaria, o bien, por el requerimiento del certificado de empadronamiento, trámite que en algunas provincias puede demorarse hasta 3 meses como el caso de Oviedo, durante los cuales las personas solicitantes de PI no pueden acceder al sistema público de salud.

A la hora de realizar los trámites para la tramitación de tarjeta sanitaria, uno de los problemas mayoritarios es el desconocimiento de la documentación de los solicitantes de Protección Internacional en los centros de salud, lo que conlleva a que en ocasiones den una respuesta negativa a la hora de proceder con el trámite de la tarjeta sanitaria. Lo que acaba ocasionando grandes demoras en los trámites.

En el caso de personas que cuenten con Manifestación de voluntad, documento que se entrega a la persona cuando solicita cita para solicitar protección internacional y que le acredita como solicitante de asilo, se observan más o menos dificultades en relación a la Comunidad Autónoma, al centro de salud, o incluso, de la persona que atiende en el servicio de información y gestión, donde pueden poner mayores dificultades y/o trabas burocráticas para expedir la correspondiente tarjeta sanitaria. En algunos territorios esto se soluciona recurriendo a la Gerencia de Atención Primaria, que interviene contactando con el centro de salud solicitando que se tramite la tarjeta sanitaria para la persona (Salamanca); en otras localidades, se precisa presentar un documento que acredite que la persona es beneficiaria del Sistema de Acogida de Protección Internacional (participa en un programa de acogida e integración del Sistema de Acogida). En ese caso, se les facilita una tarjeta sanitaria provisional durante un período de tres meses o incluso de un mes como ocurre en Jerez, y una vez formalizada su solicitud de PI, se actualizará la tarjeta sanitaria con fecha de caducidad coincidente a la fecha de caducidad de su solicitud de PI. (Burgos).

En algunas localidades, las personas que únicamente cuentan con el documento de Manifestación de voluntad de presentar solicitud de PI y acuden al servicio de urgencias hospitalarias, son atendidas, previa firma de un documento en el que la persona se hace responsable de abonar los gastos económicos derivados de la intervención realizada en el Servicio de Urgencias. Posteriormente le llegará una factura a su domicilio reclamando el importe de la atención recibida. En estos casos se actúa de diferentes maneras dependiendo de la localidad:

- Se solicita cita con el trabajador social del centro de salud para explicar la situación y tramitar la anulación de esa “deuda” (Vigo)
- Se traslada la situación al servicio jurídico de Accem, que posteriormente presenta una reclamación a las administraciones correspondientes para que anule la factura. (Salamanca)
- En el momento en el que se obtiene la tarjeta sanitaria se puede anular este pago (Oviedo).

No obstante, cuando la persona ha formalizado la solicitud de PI pero aún no ha conseguido tramitar la tarjeta sanitaria, a nivel general, en el caso de requerir atención urgente y mientras se está tramitando su tarjeta, sí es posible acudir a la atención por urgencias, en la mayoría de los casos sin problemas.

Con respecto a las dificultades específicas de Madrid:

Resulta muy complicado tramitar la tramitación de la tarjeta sanitaria para las personas o familias que han llegado a España a través del programa de reasentamiento, hasta que no obtienen la tarjeta de residencia, ya que no admiten el documento de resolución de protección internacional como documento válido, motivándolo por no figurar en este documento una fecha de caducidad. Por otra parte, una vez que la persona cuenta con el permiso de residencia, para la gestión de la tarjeta sanitaria, deben pedir cita en la Seguridad Social para obtener un número de afiliación, pero actualmente no están ofreciendo citas.

En relación a los/as solicitantes de asilo, existen diferencias entre los diferentes centros de atención primaria en Madrid, pero muchos de ellos no tramitan la tarjeta sanitaria si no se cuenta con la tarjeta roja. Teniendo en cuenta el retraso de las citas para la renovación de la documentación como solicitante de asilo, esto supone otra dificultad más para el acceso a la asistencia sanitaria de las personas acogidas. Por otro lado, también se están produciendo grandes retrasos en la gestión de las tarjetas sanitarias.

Para ciertos tipos de atención sanitaria están intentando solventar el problema del acceso al sistema remitiendo a los usuarios al "Centro de Salud Municipal Comunitario".

- **¿Cuándo tendrían los solicitantes, según la legislación vigente, acceso a atención sanitaria?**

En el momento de formalizar su Solicitud de Protección Internacional, es decir, en el momento en que realizan la entrevista y se les facilita el Resguardo de solicitud de protección internacional y/o cuentan con nº de NIE asignado y válido.

Además de la tarjeta blanca también les piden el certificado de empadronamiento, aspecto que en ocasiones puede dificultar el trámite si existe demora en la tramitación del registro de empadronamiento.

También existe la opción de atención sanitaria si cuentan con 3 meses de empadronamiento en la comunidad autónoma y tienen pasaporte. (En algunas zonas).

Destacar el caso de Valencia, donde los equipos de intervención, están logrando que se tramiten las tarjetas sanitarias sin necesidad del certificado de empadronamiento, ya que a través de contacto directo vía email o telefónico con la Consellería de sanitat, indicándoles dónde residen las personas, están logrando que los solicitantes sean acreditados con una tarjeta provisional vinculada a su situación de asilo.

- **En el caso que no sea inmediato, una vez tengan "la Tarjeta Blanca" o el Documento acreditativo de la solicitud de protección internacional, ¿hasta tener derecho a la tarjeta sanitaria tienen derecho a la atención urgente gratuita?**

Sí, en este caso se existe impedimento para recibir obtener la tarjeta sanitaria a través del servicio de urgencias.

No obstante, si presentan alguna urgencia, han de acudir al Servicio de Urgencias correspondiente y, tal y como se comentado anteriormente, deben firmar un documento donde declaran hacerse responsables de los gastos económicos derivados de la intervención en el Servicio de Urgencias. Una vez obtienen la tarjeta sanitaria se remite al departamento de pagos para cancelar el cobro del gasto.

- **¿Hasta cuándo tienen derecho a la atención sanitaria?**

Tienen derecho a la atención sanitaria mientras tiene vigencia su documento de solicitante de PI. Una vez renuevan la documentación, hay que volver a realizar el trámite para aportar la nueva documentación y renovar la tarjeta sanitaria.

- **¿Podría realizar una mención especial sobre el acceso a la atención sanitaria urgente y no urgente de menores y embarazadas?**

No existe un criterio único, depende de la localidad en la que se encuentre la persona, aunque cabe destacar que, en prácticamente la totalidad de las localidades se ofrece dicha atención, aunque, en algunos casos, previo informe y/o derivación del/la Trabajador/a Social o del Centro Hospitalario, o de la Unidad de Trabajo Social de zona, quien hace una derivación directa.

No obstante, en Madrid existen problemas con el seguimiento de las citas y derivaciones a especialistas en casos en los que menores o embarazadas contaban con la Manifestación de voluntad de solicitar protección internacional, puesto que al no gestionarles la tarjeta sanitaria no se les asigna un nº CIPA (Código de Identificación Personal Autonómico), atendiéndoles solo como transeúntes. Una vez que, con posterioridad, se asigna el CIPA, no queda registrado el seguimiento y citas previas y tienen que volver a empezar desde cero el acceso al sistema sanitario.

En los casos más restrictivos, hace firmar a la persona el documento en el que se compromete a abonar los gastos económicos derivados de la intervención realizada en el Servicio de Urgencias.

Por otro lado, cuando reciben la denegación de la solicitud por parte de la Administración, y deciden recurrir ante la Audiencia Nacional, durante el periodo de tramitación del recurso:

- **¿Tienen acceso a la atención sanitaria completa durante el recurso contencioso?**

Cuando las personas ven denegadas sus solicitudes de protección internacional, caen en una situación de irregularidad sobrevenida y, si bien les asiste el derecho de recurrir en vía de reposición o contencioso-administrativo, en muchos territorios no se reconoce su derecho a la asistencia sanitaria como solicitantes de protección internacional y son tratadas como personas en situación irregular, por lo que quedan sin asistencia sanitaria como solicitantes de PI.

En estos casos, dependiendo del territorio donde nos encontremos, podemos actuar de distinta forma para tramitar una nueva tarjeta sanitaria como inmigrante en situación irregular, en los casos más amables el trámite se realiza de forma directa y se entrega una tarjeta provisional con

validez de 3 meses (Córdoba) y en otros se precisa alguna gestión intermedia, como la presentación del empadronamiento con mínimo 3 meses de antigüedad (Burgos), o derivación a la UTS del centro sanitario para que tramiten una nueva tarjeta sanitaria como inmigrantes en situación irregular.

- **¿Para tener acceso tendrían que solicitarla como inmigrantes en situación irregular, o se extiende el derecho atribuido por la Tarjeta Roja, ya caducada?**

Si, así es, tienen que solicitarla como inmigrantes irregulares.



Mariana da Silva <nanadscf@gmail.com>

Estudio UNED: Atención Sanitaria Solicitantes de Asilo

1 mensaje

atencionsanitaria@ingesa.sanidad.gob.es <atencionsanitaria@ingesa.sanidad.gob.es> 9 de febrero de 2022, 13:33
Para: mdasilvac1@alumno.uned.es

Buenos días:

Siguiendo indicaciones de la Subdirectora, en relación a las cuestiones planteadas acerca de la atención sanitaria pública prestada por el INGESA a los solicitantes de protección internacional (en adelante SPI), se informa lo siguiente:

El Artículo 16 de la ley de asilo, al que se hace referencia su consulta -Derecho a solicitar protección internacional-, establece en apartado 2:

“Para su ejercicio, los solicitantes de protección internacional tendrán derecho a asistencia sanitaria y a asistencia jurídica gratuita, que se extenderá a la formalización de la solicitud y a toda la tramitación del procedimiento, y que se prestará en los términos previstos en la legislación española en esta materia, así como derecho a intérprete en los términos del artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000”

El Artículo 18 de la Ley de Asilo -Derechos y obligaciones de los solicitantes- solo especifica en el apartado 1. f) que el solicitante de asilo, presentada la solicitud, tiene, entre otros derechos el de la atención sanitaria en las condiciones expuestas.

El Artículo 15 del Reglamento - Prestaciones sociales y trabajo de los solicitantes- especifica en el apartado 1 que “Los solicitantes de asilo, siempre que carezcan de medios económicos, podrán beneficiarse de servicios sociales, educativos y sanitarios que presten las Administraciones públicas competentes, dentro de sus medios y disponibilidades presupuestarias, para asegurar un nivel de vida adecuado que les permita subsistir. Las prestaciones otorgadas podrán modularse cuando la solicitud de asilo se encuentre pendiente de admisión a trámite, y se garantizará, en todo caso, la cobertura de las necesidades básicas de los solicitantes de asilo. Con carácter general, el acceso a la educación, a la atención sanitaria, a la Seguridad Social y a los servicios sociales se regirán por lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 9, 12 y 14 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”. El artículo 9 mencionado, solo hace referencia a la educación. El 12. -Derecho a la asistencia sanitaria- refiere que “Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”. En cuanto al Artículo 14. -Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales- se divide en 3 apartados que hacen referencia a los extranjeros residentes (en principio, los SPI no son residentes en España):

1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles.
2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros

con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico.

3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas

De acuerdo a lo anterior, INGESA concede el derecho a la asistencia sanitaria a todos los solicitantes de Protección Internacional (SPI) en el momento que presentan la solicitud del derecho a asistencia, acompañada del documento acreditativo de ser solicitantes de protección internacional.

Dicho documento es una cartilla o Tarjeta Roja, de SPI, emitida por la Policía, con validez de 6 meses).

El derecho se concede cuando se solicita, no a los 6 meses ni a los 90 días, y mantiene su vigencia hasta la fecha de expiración del documento de SPI.

También es errado interpretar que los solicitantes tienen derecho a la atención sanitaria inmediata en el momento en el que interponen la solicitud de asilo (que se hace ante la Policía), dado que el derecho a la asistencia no se concede de oficio, sino a solicitud del interesado, momento a partir del cual se reconoce.

La normativa referida por la UNED deja claro que la asistencia se prestará en los términos previstos en la legislación española en esta materia, a este respecto, el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, determina en su Disposición adicional cuarta -prestación de asistencia sanitaria para solicitantes de protección internacional- que las personas solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo recibirán, mientras permanezcan en esta situación, asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, regulada en el artículo 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Asimismo, se proporcionará la atención necesaria, médica o de otro tipo, a los solicitantes de protección internacional con necesidades especiales. En virtud de dicha disposición el INGESA concede el derecho a la asistencia sanitaria a las personas que acreditan ser solicitantes de protección internacional durante todo el tiempo de vigencia de su acreditación como tal.

- Cuando el Solicitante de Protección Internacional ha solicitado el derecho a asistencia sanitaria, y éste se le ha concedido, recibe del INGESA asistencia programada y urgente sin cargo alguno.

Asimismo, los Solicitantes de Protección Internacional mientras permanezcan en esta situación, reciben asistencia sanitaria de la cartera común de servicios y proporcionando atención necesaria a los solicitantes con necesidades especiales. Los datos de los interesados se incorporan a la base de datos del SNS y se emite documento acreditativo del derecho a la asistencia, por lo que no disponer de una Tarjeta Sanitaria, no resta ningún derecho ni limita la asistencia que pueden recibir.

Aquellos extranjeros no residentes, que no han solicitado el derecho a la asistencia sanitaria, o que se les ha denegado en virtud de no acreditar los requisitos exigidos, son atendidos en situaciones de urgencia, que es lo que exige la normativa vigente, pero la misma es facturada. Nunca se factura a un Solicitante de Protección Internacional si éste ha solicitado el derecho con su documento acreditativo de serlo.

- El acceso de los SPI a la atención sanitaria, se produce en el momento en que, tras la solicitud al INGESA del derecho a la asistencia sanitaria, acreditan que son Solicitante de Protección Internacional.

En el momento en que se les concede tal derecho toda la asistencia, programada y urgente es gratuita. El documento del derecho tiene la misma función que una tarjeta sanitaria

- La vigencia del derecho se mantiene hasta la fecha de validez de la tarjeta de SPI. Dicha tarjeta se emite por 6 meses

- En cuanto a la última cuestión planteada, informar que, hasta ahora, no se ha denegado el derecho a la asistencia si el interesado acredita ser SPI. Si no justica que lo es, su situación es la de un extranjero sin residencia legal.

Las denegaciones del derecho a la asistencia sanitaria de extranjeros no residentes dan pie a Reclamación Previa, y si ésta también es denegatoria, a Demanda Judicial en el Juzgado territorial correspondiente, no en la Audiencia Nacional. En tanto no se concede el derecho a un extranjero sin residencia legal, solo se presta asistencia de urgencias siendo facturada.

Si la tarjeta roja de SPI caduca, también lo hace el derecho a la asistencia sanitaria como parte de ese colectivo. Esto viene amparado por la Disposición adicional cuarta del RD 1192/2012, de 3 agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de asistencia sanitaria que recoge “los solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo recibirán, mientras permanezcan en esta situación la asistencia sanitaria necesaria...”. No obstante, el interesado puede solicitar el derecho como extranjero sin residencia legal.

Un saludo

Secretaría

Subdirección General de Atención Sanitaria

Instituto Nacional de Gestión Sanitaria

Tel. 91.338.02.45

atencionsanitaria@ingesa.sanidad.gob.es

Alcalá, 56 - D. 148

28071 MADRID

De: MARIANA DA SILVA-CHASCO ALVARO-FERREIRA <mdasilvac1@alumno.uned.es>
Enviado el: viernes, 14 de enero de 2022 12:55
Para: Dirección INGESA <direccion.ingesa@ingesa.sanidad.gob.es>
CC: Subdirección General de Atención Sanitaria <atencionsanitaria@ingesa.sanidad.gob.es>
Asunto: Estudio UNED: Atención Sanitaria Solicitantes de Asilo

Dirigido a la Dirección del INGESA y a la Subdirección General de Atención Sanitaria.

Estimadas Doña Belén Hernando Galán y Doña Maria José Gémar Arjona,

Desde la Facultad de Derecho de la UNED estamos realizando un estudio sobre la atención sanitaria pública completa (urgente, tratamientos continuados, consultas no urgentes, seguimiento de embarazadas y menores...) a las personas solicitantes de asilo y refugio en España, específicamente desde la legislación nacional, europea e internacional. Sin embargo, la legislación nacional parece estar muy lejos de la realidad que se encuentran las asociaciones y por eso le pido su ayuda.

Según nuestra interpretación de la legislación, los solicitantes tienen derecho a la atención sanitaria completa inmediata (simplemente con la "tarjeta blanca") desde el momento que interponen la solicitud de asilo (art. 16.2 , 18.1 f) de la Ley de Asilo y art. 15 del Reglamento de la Ley de Asilo) hasta, por lo menos, la resolución de denegación. Sin embargo, la realidad que enfrentan las asociaciones es muy diferente, pues los centros de salud y hospitales exigen algunas la Tarjeta Roja (por lo que solo tendrán acceso a partir del 6º meses en territorio) o a los 90 días para ser considerados residentes. Asimismo, no tienen derecho ni a la tarjeta sanitaria ni a la atención urgente, porque después les entregan una factura, lo que es completamente contrario a la legislación europea (Directiva 2013/33/UE art 17.3) e internacional humanitaria.

- ¿Esta situación es correcta, conforme a la legislación vigente, según vuestra interpretación?
- ¿Cuándo tendrían los solicitantes, según la legislación vigente acceso a atención sanitaria?
- En el caso que no sea inmediato, una vez tengan "la Tarjeta Blanca" o el Documento acreditativo de la solicitud de protección internacional, ¿hasta tener derecho a la tarjeta sanitaria tienen derecho a la atención urgente gratuita?
- ¿Hasta cuándo tienen derecho a la atención sanitaria?

Por otro lado, cuando reciben la denegación de la solicitud por parte de la Administración, y deciden recurrir ante la Audiencia Nacional, durante el periodo de tramitación del recurso:

- ¿Tienen acceso a la atención sanitaria completa durante el recurso contencioso?
- ¿Para tener acceso tendrían que solicitarla como inmigrantes en situación irregular, o se extiende el derecho atribuido por la Tarjeta Roja, ya caducada?

Agradezco infinitamente su atención y tiempo, a su vez, les rogaría, si es posible, que me remitieran una respuesta antes del 31 de enero.

Les deseo un excelente año 2022.

Un cordial saludo,

Mariana Da Silva-Chasco

Facultad de Derecho de la UNED

Tel.: +34 678 061 746

CONFIDENCIALIDAD. El contenido de este mensaje y el de cualquier documentación anexa es confidencial y va dirigido únicamente al destinatario del mismo. Si Usted no es el destinatario, le solicitamos que nos lo indique, no comunique su contenido a terceros y proceda a su destrucción.

CONFIDENTIALITY. The content of this message and any attached information is confidential and exclusively for the use of the addresser. If you are not the addresser, we ask you to notify to the sender, do not pass its content and delete the original.